

مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة

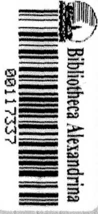
(٣٥)

تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره

بقلم

أ.د. محمد عبدالهادي سراج

د. خليفة بابكر الحسن



الطبعة الثانية
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م



مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة

(٣٥)

تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره

بقلم

أ.د. خليفة بابكر الحسن

رئيس قسم الدراسات الأساسية

بكلية الشريعة والقانون

بجامعة الإمارات (سابقاً)

وكيل كلية الدراسات

الإسلامية والعربية بدبي

أ.د. محمد عبدالهادي سراج

رئيس قسم الشريعة الإسلامية

بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

كلية الشريعة والقانون

قسم الدراسات الأساسية



بسم الله الرحمن الرحيم

" تقديـــــم "

--

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين وبعد :

فإن لكل أمة من الأمم قويت أو ضعفت نظامها القانوني الذي تحتكم إليه ومقرراتها التشريعية التي تعتمدها في توجيه حركة المجتمع والناس ؛ وذلك لسبب يسير هو أن النظام والقانون ضرورة من ضرورات المجتمع ولازمة من لوازم الحياة .

والأديان السماوية قبل النظم القانونية قد نبهت لذلك ونوهت به قال تعالى: " ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط "[1] .

وديننا الإسلامي - وهو خاتم الأديان - قد جاء من عند الله سبحانه وتعالى عقيدة وشريعة ، وقد اتسمت عقيدته في ذلك بالبساطة والوضوح والانسجام مع العقل ولا غرو في ذلك فهي العقيدة التي بعث بها الأنبياء والرسل جميعاً كما اتسمت شريعته بالتوسط والاعتدال بين الشدة التي قام عليها التشريع في التوراة والتسامح المطلق الذي هدت إليه تعاليم المسيح عليه السلام .

هذا وقد استطاعت الشريعة الاسلامية بما فيها من عوامل السعة والمرونة وبفضل جهود علماء المسلمين المضنية التي بذلوها في خدمتها استطاعت - وعلى

---

(١) الحديد : ٢٥ .

مدى قرون طويلة - أن تساير حركة المجتمعات المختلفة التي ضمها الاسلام تحت جناحه الرفيق وأن توجد حلولا لقضاياها واطروحاتها ، وبنفس القدر الذي أسهمت به تلك الجهود في حلول المشاكل التي عاصرتها في ابانها فقد خلفت لنا فيضا زاخرا من الفقه يتميز بقوة المنطق ، ودقة المدرك ، وبراعة الحجة .

ونحمد الله أن المسلمين قد ثابوا إلى رشدهم وبدأوا الرجوع إلى شريعتهم السمحاء لتكون مصدرا لقوانينهم ومرجعا لتشريعاتهم وأحكامهم ، وهو أمر يسر كل مخلص لدينه غيور على تراثه كما أنه في ذات الوقت يلقى على المتخصصين في الفقه الإسلامي تبعة مؤازرة تلك الجهود بالبحوث والدراسات التي تعين على التجديد وتساعد في وصل الحاضر بالماضي .

وهذا الكتاب الذي نقدمه اليوم عن : " تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره" خطوة في ذلك الطريق حيث أدخلنا فيه وعلى وجه التحديد في الباب الذي أسميناه " بالواقع المعاصر للتشريع الإسلامي " أدخلنا فيه بحوثا جديدة لم تمسها مداخل التشريع السابقة الا بشيء من الإيجاز وهي مباحث " الفقه الإسلامي والنظم المطبقة في العالم الاسلامي " " وأثر الفقه الاسلامي في النظم القانونية الحديثة " القانون الفرنسي والانجليزي والأسباني مع بيان العلاقات التاريخية بين الفقه الاسلامي وتلك القوانين هذا فضلا عن أن الدراسة التاريخية للعصور المختلفة المعروفة التي اجتازها الفقه الاسلامي لم تخل - هي الأخرى - من محاولات التجديد في العرض حيث ركزنا على فكرة الحاجة إلى التشريع وبيان خصائص الفقه الإسلامي وابراز دور كل مرحلة من مراحل التشريع ومع ذلك يظل هذا المدخل دون الطموح المرغوب لأتنا لم نتمكن فيه من الدراسة التاريخية المستقصية لكل

موضوع من موضوعات الفقه الاسلامي بطريقة تمكن من تتبع التطورات التي غشيته في العصور المختلفة وهو أمر كنا نتطلع إليه ، ولعل العذر في ذلك يرجع لسببين :

أولهما : أن هذا المدخل يدرسه طلاب كلية الشريعة والقانون في مراحلهم الأولى وهم - على هذه الحال - في حاجة إلى الدراسة التاريخية الأفقية المعهودة .

ثانيهما : أن موضوعات الفقه الإسلامي كثيرة يصعب استقصاؤها وتتبع كل موضوع منها بالدراسة التاريخية المباشرة .

ولهذا فإننا نعد بمثل هذه الدراسة في كتاب مرجعي آخر متخصص ليعين طلاب الكلية بحسبانه مرجعا مساعدا لا كتابا مقررا ، وفيه يتم التوسع في دراسة بعض الموضوعات وتتبعها من الناحية التاريخية كما أنه من الأجدى أن يكون مثل ذلك الكتاب مقررا في الدراسات العليا مستقبلا ان شاء الله .

منهج الكتاب:

يتكون هذا الكتاب من باب تمهيدي وقسمين ، والباب التمهيدي يتناول في فصلين الحاجة إلى التشريع وتعريف الشريعة والفقه وخصائص الفقه الاسلامي .

والقسم الأول عن " الأدوار التاريخية للتشريع الاسلامي مع دراسة لواقعه المعاصر" وهو في بابين الباب الأول : " الأدوار التاريخية للتشريع الإسلامي " وينقسم إلى فصول :

- الفصل الأول : " دور الوحي "
- الفصل الثاني : " دور الاجتهاد " : عصر الصحابة - عصر التابعين - عصر الأئمة المجتهدين .

- الفصل الثالث : " دور التقليد " : عصر الاجتهاد المقيد – عصر التطبيق المذهبي والتقليد المحض .

وقد قام بكتابة مادة هذا الجزء من الكتاب أ.د. خليفه بابكر الحسن

والباب الثاني : " الواقع المعاصر للتشريع الاسلامي وهو في فصلين :

الفصل الأول : الفقه الإسلامي والنظم المطبقه في العالم الاسلامي "

الفصل الثاني : الفقه الاسلامي والنظم القانونية الحديثة

أما القسم الثاني فهو عن مصادر التشريع الاسلامي ويقع في بابين كل واحد منهما في فصول :

الباب الأول : مصادر التشريع الاسلامي النصية .

الباب الثاني : مصادر التشريع الاسلامي الاجتهادية

وقد قام بكتابة مادة هذا الجزء أ.د. محمد عبد الهادي سراج .

وأخيرا – فإننا ونحن نقدم هذا الكتاب – نرجو الله أن يبارك جهود كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة وهي تسعى جاهدة للاستجابة للواقع القانوني في دولة الامارات العربية المتحدة التي تتخذ من الشريعة الإسلامية أساسا لتشريعاتها سائلين إياه لنا ولها التوفيق والسداد ،،

المؤلفان

" الباب التمهيدي "

"الحاجة إلى التشريع مع تعريف الشريعة والفقه وبيان خصائص الفقه الإسلامي "

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : الحاجة إلى التشريع ٠

الفصل الثاني : تعريف الشريعة والفقه وخصائص الفقه الاسلامي ٠

اعداد :

أ.د٠ خليفه بابكر الحسن

الفصل الأول

" الحاجة إلى التشريع "

قضت سنة الله في الأرض أن يعيش الناس مجتمعين ؛ لأن الانسان يولد في المجتمع ولا يعيش الا فيه وبه ؛ ولذا جاء عن الأقدمين من الحكماء قولهم " الإنسان مدني بالطبع " أي لابد له من أن يجتمع مع بني جنسه ويعيش معهم ، وعيش الانسان مع بني جنسه يتيح له الكثير من المنافع الضرورية له في حياته فالترابط الأسري الذي يجمع بينه وبين زوجه ينشأ في ظل المجتمع ، وهو معنى من المعاني الأساسية التى يؤكد بها وجوده وتبادل المعاملات التي تيسر له سبل عيشه من بيع واجارة ورهن وشركة وغير ذلك تتم بينه وبين سواه من أفراد المجتمع وهكذا دواليك كل شئون حياة الانسان مرهونة بالمجتمع الذي يعيش فيه ؛ ولهذا جاء عن الشاعر العربي القديم قوله :

الناس للناس من بدو وحاضرة : بعض لبعض وان لم يشعروا خدم

وهذا التعايش الذي قضت به سنة الله في الكون - وفق الكيفية السابقة - بين الانسان وبني جنسه تترتب عليه علاقات تتمثل - كما أشرنا - أسريا في علاقات الزواج وماديا في صور تبادل المال والمنافع واجتماعيا في العلاقات الاجتماعية الكثيرة التي تنشأ نتيجة للروابط المختلفة بين أفراد المجتمع .

وهذه العلاقات كلها وبما يحيطها من امتداد وما يكمن فيها من تعقيد لابد من أن تنشأ عنها منازعات وتنجم عنها اختلافات لأن الناس مختلفون في فطرهم ومنازعهم كل منهم له مزاجه الخاص به وتكوينه النفسي الآيل لبيئته وتربيته

أحيانا ، والناتج أحيانا عن فطرته وتكوينه . فمن الناس من يغلب عليه العقل فيسوس الأمور به قبل أن يباد ءها بعاطفته ، ومنهم من تطغى عليه عواطفه وغرائزه وميوله فيجعل شئون حياته محكومة بها فإذا اجتمعوا في تعامل وقامت بينهم صلات كان احتمال الاحتكاك بينهم واردا ومتوقعا .

لهذا كان لابد من قواعد تنظم علاقات الناس مع بعضهم وتحكم سلوكهم وتحد من حرياتهم المطلقة منتهية بحرية الفرد منهم عند الحد الذي لا يفضي إلى الاصطدام بحريات الآخرين وتعطيل مصالحهم ، تبين الحقوق وتوضح الواجبات ؛ وذلك كله قطعا لدابر الخصام ، ومنعا لاصطدام الشهوات والرغبات ، ووقفا لتحكم الهوى وقمعا لجبروت القوة بطريقة تؤدي إلى المحافظة على دين الناس ونفوسهم عقولهم ونسلهم وأموالهم حتى يعيشوا في أمان ووئام حتى يغدو المجتمع في عمومه - من جرائه - سعيدا ومزدهرا .

هكذا فرض الاجتماع بين بني البشر الذي هو ضرورة من ضرورات الحياة وما ينجم عنه من احتكاكات هي لازمة من لوازم ذلك الاجتماع أقول : هكذا فرض الاجتماع وجود القواعد التي تنظم حركة المجتمع وتحقق الرغبات في الحدود التي يمكن تحقيقها فيها فيبعد الناس عن المشاحة والاختلاف .

وقد نشأت هذه القواعد القانونية منذ فجر التاريخ ومنذ بداية مسيرة الانسان على الأرض وكانت تتمثل في العهود البسيطة التي لم يصب الحياة فيها تعقيد في العادات والتقاليد والأعراف ثم تطورت إلى الأوامر والنواهي التي تصدر عن الحكام والملوك والرؤساء وانتهت - أخيرا - إلى القواعد التشريعية التي تصدرها جهة يخولها المجتمع حق اصدارها باختياره لها عن طريق الانتخاب .

بجانب كل القواعد السابقة كانت هناك قواعد جاءت بها الديانات السماوية أوامر الهية للهداية والارشاد وتنظيم المجتمع البشري حتى لا يطغى قبيل منه على آخر .

والنوع الأخير من هذه القواعد وهو ما كان أساسه الأوامر الالهية يسمى بالشرائع السماوية ويسمى النوع الثاني وهو ما كان أساسه العادات والتقاليد .. الخ بالشرائع الوضعية ، ويختلف النوعان في أن الأول منهما مصدره الله خالق البشر والنوع الثاني مصدره البشر أنفسهم .

وتقوم فكرة القوانين الوضعية - في أرقى أحوالها - على اختيار الصفوة المميزة في تكوينها العقلي المعتدلة في نوازعها النفسية لتضع هذه القواعد المنظمة لحياة المجتمع مستفيدة في ذلك بما في المجتمع من عادات وتقاليد وأعراف وبما في الامة التي تشرع لها من خصائص وكوامن متطلعة بعد ذلك كله إلى ما يمكن أن يكون محققا للمصلحة داعيا للعدالة واستقرار حال الناس .

وتقوم الشرائع السماوية على فكرة " الخالقية " اذ الكون وما فيه من كائنات هو من صنع الله الخالق الأعظم وتدبيره ، وانطلاقا من هذا المعنى الأساسي فان هداية الإنسان الى الطريق القويم وتعريفه بقواعد السلوك في المجتمع تكون من لدن خالقه العليم الخبير بشؤونه والمدرك لمصلحته ومصلحة المجموعة التي يعيش في وسطها ، وفي هذا المعنى يقول الله جلت قدرته " أيحسب الانسان أن يترك سدى " [٢] .

---

(٢) سورة القيامه آية ٣٦ .

والشرائع السماوية بهذا الاعتبار اسمى من القوانين الوضعية لأن الانسان قاصر محدود القوى والادراك ، فاذا تصدى لمهمة وضع التشريعات التي تنظم المجتمع لا يصل تشريعه إلى الصورة التي ينبغي ان يكون عليها من الكمال بل يكون مظنة القصور لأنه محدود بآفاق واضعيه وزمانهم ومكانهم وظروفهم النفسية ومصالحهم ومطامعهم ومطامحهم عرضة للتغيير والتبديل من بشر آخرين مثلهم لا يرون رأيهم ولا يركنون إلى ما ركنوا هم اليه وهكذا يكون التشريع سريع التغيير لا قر على حال واحدة مع ما فيه أيضا من قصور في النظر من الوجهة الموضوعية .

وتلافيا لمثل هذا القصور لم يكل الله البشر إلى انفسهم بل أرسل جل شأنه الرسل لهدايتهم إلى ما يحقق سعادتهم في الدنيا والآخرة : رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل " [٣] وقد اقتضت حكمته - جل شأنه - أن يرسل أولئك الرسل على مراحل مختلفة تبعا لحال البشرية فحينما كانت في حياتها الأولى البسيطة كانت مهمتهم الهداية والتعريف بأن للكون خالقا يدير أمره ، وحينما تعقدت الحياة ونضج العقل البشري ختم الله سبحانه وتعالى الأديان السماوية بالدين السر مدى الذي اختاره للبشرية جميعا الى أن يرث الأرض ومن عليها وهو الدين الاسلامي : " إن الدين عند الله الاسلام " [٤] اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا " [٥]

من هنا جاء الدين الاسلامي شاملا لجميع شؤون الحياة منظما لكل العلاقات سواء كانت هذه العلاقات رابطة بين الانسان وخالقة أو بين الانسان واخيه

---

(٣) سورة النساء آية ١٦٥ .

(٤) سورة آل عمران آية ١٩ .

(٥) سورة المائدة آية ٣ .

الانسان ، او بين الأمة الاسلامية في مجموعها وغيرها من الأمم ، مرتكزا في ذلك كله على عقيدة ثابتة قوامها الايمان بالله خالق الكون والحياة المدبر لشؤون البشر العليم بمصالحهم " الا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير "[٦] .

وقد وجد الدين الإسلامي العرب أمة مفترقة الأهواء فاقدة النظام تخوض بحار الحروب لقتل نفس بل لضربة أو سبة فتنقطع السبل وتذهب الحقوق وتنقطع المواصلات والمعاملات ، فكانوا في جاهلية جهلاء يفتخرون في أشعارهم بقطع السبل وقتل النفس وسلب الحقوق وغير ذلك من الافعال الشنيعة "[٧] . فأصلح من شأنهم وأحدث انقلابا كبيرا في حياتهم تمكن من خلاله أن يصيغ المجتمع العربي صياغة جديدة على هدي من التشريع الالهي في سموه وكماله واستطاع بفضل ذلك أيضا أن يؤسس دولة كانت للشريعة فيها السيادة المطلقة في شؤون الحكم والسياسة وفي قضايا الادارة والتنظيم ، وفي الفصل في الجرائم والجنح ، وفي تنظيم العلاقات الشخصية وفي ترتيب مسائل المال والمعاملات المرتبطة به ، وقد سعد المجتمع العربي بهذه الشريعة وتطور في ظلها وبنى حضارة عتيدة ملأت سمع الدنيا وبصرها فكان هذا دليلا عمليا على صلاحية الشريعة يقول محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي في كتابه الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي : " وان انتظام امر دول الاسلام وبلوغها غاية لم تدرك بعدها في العدل والنظام لدليل واضح على ما كان عليه الفقه من الانتظام وصراحة النصوص وصيانة الحقوق ونزاهة القائمين بتنفيذ أوامره مما لا يوجد الآن ودليل على ما كان لهاتيك الدول من التمسك بحبله المتين وما دخلت الأمم الكثيرة في الاسلام أفواجا واتسعت دائرة الاسلام فانتشرت

---

(٦) سورة الملك : ١٤ .

(٧) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ٧/١ .

الأمة الاسلامية مادة جناحيها من نهر الفانج في الهند شرقا إلى افريقيا ثم إلى أواسط اوربا في زمن قليل الا باحترام الحقوق والعمل بقواعد الفقه الاسلامي والتسوية بين جميع أجناس البشر التي تحتضنها في العدل وجمع شتات مكارم الأخلاق ومحاسن المعتقدات وهذه التواريخ العربية وغيرها لم ينتقد واحد منها نظام العرب الذي كانوا عليه بل مدحوه بما لم يمدحوا به غيره واقتبسوا منه واختارته الأمم على ما كان من الأنظمة فانصرفت عنها إليه وثلت عروش ملوكها لأجله [٨]

وظلت الشريعة الاسلامية على ذلك حية وظل المجتمع حيا بحياتها قويا ثابتا وما أصاب الشريعة من بعد عن التطبيق - بعد ذلك - لم يكن امرا ناتجا عن طبيعة هذه الشريعة وإنما هو راجع إلى تقهقر المسلمين وتخلفهم الذي أدى إلى دخول المستعمر بلادهم وعزل الشريعة عن واقع الحياة وساحة التطبيق الا في مجال الأحوال الشخصية فقط ، والا فان الشريعة بدقة موازينها وما فيها من أسس العدالة والخير وعوامل المرونة قادرة على معالجة أي شأن من شؤون الحياة .

وقد شهد لهذه الشريعة بذلك ائمة الفقه والتشريع الغربي في مؤتمراتهم الفقهية التي أقيمت خصيصا لدراسة الفقه الاسلامي المرتكز على هذه الشريعة والتي انتهت موصية بأن له قيمة تشريعية لا يمارى فيها وأنه ينبغي أن يكون مصدرا للتشريع العام لان مبادئه كفيلة بتحقيق التقدم وأسسه قادرة على ملاحقة التطور وأنه يتحتم تسهيلا للرجوع اليه وضع فهرس موضوعي يضم شتات موضوعاته ليتيسر الرجوع إلى هذه الموضوعات والبحث فيها توطئة للأخذ منها .

ومن أهم هذه المؤتمرات المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي عام

---

(٨) الفكر السامي ١/١٤ .

١٩٣١ وعام ١٩٣٧ والذي اصدر باجماع المؤتمرين فيه القرارات التالية :

أولا : تعتبر الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام ٠

ثانيا : تعتبر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ٠

ثالثا : تعتبر الشريعة الاسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة عن غيرها ، ومؤتمر المحامين الدولي المنعقد في ذات المدينة سنة ١٩٤٨ والذي اشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة والذي انتهى إلى القرار التالي :

" اعترافا بما في التشريع الاسلامي من مرونة وما له من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع وبالتشجيع عليها ٠

وقد تبع هذه المؤتمرات اسبوع الفقه الاسلامي الذي نظمته شعبة الحقوق الشرقية من المجمع لدولي للحقوق المقارنة في كلية الحقوق بجامعة باريس والذي ضم إلى رجال الفقه الفرنسي رجال الفقه الاسلامي في العالم العربي وعرض بالدراسة لبعض موضوعات الفقه الاسلامي وهي :

١) اثبات الملكية

٢) الامتلاك للمصلحة العامة

٣) المسؤولية الجنائية

٤) تأثير المذاهب الفقهية في بعضها

٥) نظرية الربا في الاسلام

وقد ختم هذا الاسبوع أعماله بالقرارات التالية :

١) مبادىء الفقه الاسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها ٠

٢) اختلاف المذاهب الفقهية ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات من

الأصول الحقوقية هي مناط الاعجاب وبها يتمكن الفقه الاسلامي من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بينها وبين حاجياتها وأوصى - بعد ذلك - باخراج موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الاسلامية وفق الاساليب الحديثة .

ومن ناحية أخرى نجد أن رجال القانون الدولي اعتبروا محمد بن الحسن الشيباني وهو فقيه من فقهاء المسلمين المشهورين اعتبروه أبا لهم وألفوا جمعية باسمه تبحث خاصة فيما كتبه وقالوا عنه إنه خليق عنه أن يأخذ مكانه الحق بين رواد القانون الدولي العالميين .

وما كنا بحاجة إلى أن نورد ما أوردناه من شهادة فقهاء الغرب للفقه الاسلامي لولا أن حركته الهادرة قد خفتت وينابيعه المدرارة لم تعد قادرة على المد بما كانت قادرة به وهي في أوج فعاليتها وقوتها وأن الفقه الغربي قد خلفه في الازدهار والتألق في اطار نشاط جديد برزت به الحضارة الغربية في أفق الانسانية، قائدة ورائدة مما جعل كلمة اساطين مفكريها هي القول الفصل في كثير من المسائل. والا فإن الفقه الاسلامي قادر على اثبات صلاحيته من ذات أحكامه كما سنرى ذلك من خلال دراسة تاريخه ومصادره في الصفحات التالية ان شاء الله .

الفصل الثاني

" تعريف الشريعة والفقه وبيان خصائص الفقه الاسلامي "

نبدأ هذا الفصل بالتعريف بالشريعة والفقه وبيان العلاقة بينهما ، وسبب ذلك يرجع الى أن بعض الكاتبين يعبر بالمدخل لدراسة التشريع الاسلامي [9] وبعضهم الآخر يعبر بالمدخل لدراسة الفقه الاسلامي [10] فهل هناك مطابقة مطلقة بين المصطلحين حتى يحل أحدهما محل الآخر ويستخدم عوضا عنه أم أن هناك اختلافا بينهما لا يسمح باستخدام أحدهما محل الآخر الا بضرب من التجوز كل ذلك لا ندركه الا بعد التعريف بكل من المصطلحين وبيان تطوراتهما التاريخية ومن بعد المقارنة بينهما ونبدأ في ذلك بمصطلح الشريعة .

٢- يطلق لفظ الشريعة في اللغة مستخدما في معنيين :

أولهما :مورد الشاربة أي مكان الماء الجاري الذي يقصد للشرب ، وفي ذلك تقول العرب : " شرعت الإبل الماء " إذا قصدت مورد الماء للشرب .

ثانيهما : الطريقة المستقيمة وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى : " ثم جعلناك على

---

(٩) جرى على ذلك الشيخ محمد الخضري في كتابه " تاريخ التشريع الاسلامي " والشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه : " خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي " والشيخ محمد علي السايس في كتابه " تاريخ التشريع الاسلامي " وسواهم .

(١٠) جرى على ذلك محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي في كتابه " الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي " والدكتور على حسن عبد القادر في كتابه " نظره عامة في تاريخ الفقه الاسلامي " والاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور في كتابه " المدخل للفقه الاسلامي " .

شريعة من الامر فاتبعها " [11] اي على طريقة مستقيمة فالزمها .

وتطلق في اصطلاح الفقهاء [12] على : " الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسول من الرسل " . فكل ما سنه الله جلت قدرته من أحكام أيا كانت هذه الأحكام على لسان رسول من رسله للعباد يسمى في عرف العلماء واصطلاحهم شريعة ، والعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة فان الماء تكون به حياة الأبدان يقول تعالى : " وجعلنا من الماء كل شيء حي " [13] والشريعة تكون بها حياة النفوس حيث تتجه الى الخير في السلوك والمعاملات ، كما أن الشريعة مستقيمة في احكامها فهي كالجادة التي لا التواء فيها ولا اعوجاج ، من هنا يكون استخدام لفظ شريعة في المعنى الاصطلاحي متناسبا مع المعنى اللغوي .

ومن الشريعة بهذا المعنى اشتق لفظ شرع يقال شرع للناس كذا أي سن لهم وعلى ذلك جاء قوله تعالى : " شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا "[14] وقوله تعالى :" أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذنه به الله " [15] ومصدره " شرْع " وهو

---

(١١) الجاثية آية : ١٨ .

(١٢) اصطلاح الفقهاء يعني اتفاق العلماء على اطلاق لفظ معين من الفاظ اللغة على معنى معين بحيث يكون متى اطلق منصرفا اليه وسبب الاصطلاح بهذه الكيفية يرجع الى ان الحياة الاسلامية استحدثت كثيرا من المعاني فتطلب هذا الوضع أن تستخدم فيها الفاظ معينة قادرة على اعطاء المعنى فاستخدمت كلمة شريعة التي هي في أصل اللغة تطلق على مورد الماء وعلى الطريقة المستقيمة لتكون مصطلحا على الأحكام التي سنها الله على لسان رسول من الرسل ، وتواضع العلماء على ذلك وتعارفوا عليه فغدت كلمة شريعة متى اطلقت دالة على ذلك .

(١٣) الأنبياء آية ٣٠ .

(١٤) الشوري آية ١٣ .

(١٥) الشوري آية ٢١ .

في المعنى الاصطلاحي مطابق للفظ شريعة .

ومما يتصل بهذه الألفاظ لفظ " التشريع " وهو مصدر " شرَّع " أي وضع القوانين والقواعد ، والتشريع بمعناه الاصطلاحي مطابق أيضا لمصطلح شريعة فهو يعني الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسول من الرسل " . وعلى هذا تكون لدينا من الالفاظ شريعة وشرع وتشريع وكلها بمعنى واحد في الاصطلاح وأن الأول منها اسم والثاني مصدر لشرع المخففة والثالث مصدر لشرع المشددة .

وبناء على أنها تعطي مدلولا واحدا في الاصطلاح فإذا أضيف إلى واحدة منها وصف الاسلامي بأن قيل الشريعة الاسلامية والشرع أو التشريع الاسلامي كانت خاصة بما يعبر عنه ديننا الاسلامي .

والتشريع الاسلامي بهذا المعنى لم يكن الا في حياة الرسول ، لأن الرسول كان يعتمد على الوحي المتلو وهو القرآن والوحي غير المتلو وهو السنة النبوية ، وذلك هو التشريع أما ما جاء من الأحكام - بعد ذلك - مبنيا على اجتهادات الصحابة والتابعين ومن تلاهم فليس بتشريع على الحقيقة وانما هو تطبيق للقواعد عن طريق الاجتهاد والحاق الشبيه بشبيهه واستيحاء المصلحة إلي غير ذلك من اوجه استثمار الأحكام[١٦] على أنه يمكن اطلاق لفظ التشريع عليه بالمعنى المجازي أي استمداد الحكم من الشريعة القائمة سواء كان استمداده من نص من نصوصها أم من دلائلها ومعانيها وروحها .[١٧]

هذا ومما يطابق لفظ شريعة بناء على تعريفها " الاصطلاحي " بأنها كل ما

(١٦) المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور / حسن الشاذلي ص ٧ ، ٨ .

(١٧) المقاصد العامة للشريعة الاسلامية للاستاذ الدكتور يوسف العالم ص ٢١ .

سنه لعباده على لسان رسول من الرسل لفظ الدين [18] والملة [19] والدين يراد به ما شرعه الله لعباده من احكام سواء ما يتصل منها بالعقيدة او الاخلاق أو الأحكام العملية ، والملة تعطي نفس المدلول ، فتكون الكلمات الثلاث ذات مدلول واحد في الاصطلاح .

اقسام الشريعة الاسلامية :

في ضوء التعريف السابق للشريعة ، فإن أقسام الشريعة هي :

١- الأحكام الاعتقادية : أي الاحكام المتعلقة بالعقيدة كالايمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، والبعث والحساب إلى غير ذلك من المسائل الغيبية وهذه الاحكام يضمها علم يسمى بعلم التوحيد أو بعلم الكلام [20] .

٢- الأحكام الوجدانية : وهي الأحكام المتصلة بالاخلاق وتهذيبها وتزكية النفس كالمسائل الخاصة بالدعوة إلى الصدق والأمانة والزهد والصبر والرضا الى غير ذلك من المحاسن والفضائل ويضم هذا النوع من الاحكام علم التصوف أو علم الأخلاق .

والنوعان السابقان من الأحكام الشرعية نظريان وليس المسلم مطالبا

---

(١٨) الدين في اللغة مأخوذ من دان اذا خضع .

(١٩) الملة باعتبار املائها على الناس .

(٢٠) علم الكلام هو العلم الذي يبحث فيما يتعلق بالعقائد التي ترجع إلى ذات الله وصفاته وصفات الرسل عليهم السلام واليوم الآخر وما يتعلق بذلك وسمي بعلم الكلام لكثرة ما جرى فيه من جدل بين اهل السنة والمعتزلة .

(راجع المدخل للفقه الاسلامي الاستاذ محمد سلام مدكور ص ١٠).

بالنظر في تفاصيل ما يتصل بهما من أمور .

٣- الأحكام العملية : وهي الأحكام التي يترتب عليها عمل مباشر سواء كان هذا العمل بين الانسان وربه كالعبادات أو بين الانسان وأخيه الانسان كالمعاملات والحدود والجنايات وأحكام الاسرة ، ويدور البحث في كل هذه المسائل في علم خاص بذلك يسمى علم الفقه .

هذا هو معنى الشريعة في الاصطلاح وهذه هي أقسامها في ضوء ذلك ولابد من أن نلاحظ هنا أنه قد شاع في العصر الحديث اطلاق لفظ الشريعة على ما شرعه الله من أحكام عملية فقط ، وهي بهذا الاطلاق تكون مرادفة للفظ فقه الذي سوف نأتي على بيانه بعد قليل . ولعل لهذا العرف المستحدث سندا من قوله تعالى " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا " [٢١] فإن الشرائع السماوية لا تختلف في الأحكام الاعتقادية فهي واحدة في كل الشرائع وانما تختلف في المسائل العملية فقط وهذا يدل على أن كلمة "شرعة " في الآية يراد بها المسائل الفرعية العملية لأن الآية قد قررت أن لكل شرعة ومنهاجا وبهذا العرف المستحدث أطلق على الكليات التي تعني بدراسة الفروع اسم كليات الشريعة [٢٢] .

وفي هذا المعنى يروي عن قتاده في تفسير الآية السابقة قوله " " تطلق الشريعة على الأمر والنهي والحدود والفرائض لأنها طريق الحق " .

كما روى عنه قوله " الدين واحد والشريعة مختلفة " [٢٣] .

---

(٢١) المائدة : آية ٤٨ .

(٢٢) راجع الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الأول ص ١٧ .

(٢٣) تفسير المنار ٦:٤١٢ ، ٤١٣ طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

وفي هذا يقول التهانوي في كشاف اصطلاحات الفنون " وقد يخص الشرع بالأحكام العملية الفرعية واليه يشعر ما في شرح العقائد النسفية ، العلم المتعلق بالأحكام الفرعية يسمى علم الشرائع والأحكام ، وبالأحكام الأصلية يسمى علم التوحيد والصفات . وما في التوضيح من أن الحكم بمعنى خطاب الله تعالى على قسمين : شرعي أي خطاب الله تعالى بما يتوقف على الشرع ولايدرك لولا خطاب الشارع كوجوب الصلاة وغير شرعي أي خطابه تعالى بما لا يتوقف على الشرع بل الشرع يتوقف عليه كوجوب الايمان بالله ورسوله "[٢٤] .

ولعله بهذا الاطلاق الأخير يمكن أن يطلق على هذا المساق المدخل لدراسة التشريع الاسلامي ، لأن الذي نتولى دراسته في هذا المدخل هو تاريخ الأحكام المتصلة بالفروع ، أما العقائد والأخلاق فان مجالهما علما التوحيد والتصوف - كما أسلفنا - . . .

تعريف الفقه :

يطلق الفقه في اللغة على معنيين :

أولهما : الفهم : يقال فلان يفقه الخير والشر أي يفهمه أي لديه ملكة الفهم بقطع النظر عن مقدار فهمه ، وعلى ذلك جاء قوله تعالى " قالوا ياشعيب ما نفقه كثيرا مما تقول "[٢٥] وقوله : " وان من شيء الا يسبح بحمده ولكن لا تفقهون تسبيحهم "[٢٦] فالآيتان تدلان على اطلاق كلمة فقه على مطلق الفهم .

---

(٢٤) كشاف اصطلاحات الفنون ٢ : ٧٥٩ طبعة دار صادر ببيروت .

(٢٥) هود آية ٩١ .

(٢٦) الاسراء : آية ٤٤ .

ثانيهما : فهم غرض المتكلم من كلامه ، فاذا حدثك شخص بكلام وفهمت غرضه فهذا هو الفقه وهذا المعنى اخص من المعنى الأول ، لأن الأول يعني مطلق الفهم ، والثاني يعني فهما خاصا وهو قدر زائد على مطلق الفهم [٢٧] .

الفقه في الاصطلاح :

حينما نأتي لبيان معنى الفقه في الاصطلاح نلاحظ أنه أخذ اطوارا ثلاثة :

الطور الاول :

أن الفقه مرادف للشرع بمعناه العام الأول فهو معرفة كل ما جاء عن الله سبحانه وتعالى سواء ما يتصل بالعقيدة او الأخلاق أو افعال الجوارح وعلى ذلك جاء تعريف الامام ابي حنيفة له بأنه : " معرفة النفس مالها وما عليها " ولهذا سمي كتابه في العقائد " بالفقه الاكبر " .[٢٨]

الطور الثاني :

وقد دخله بعض التخصيص وفيه عرف الفقه بأنه : " العلم بالأحكام الفرعية المستمدة من الأدلة التفصيلية " والمراد بالفرعية ماعدا الأصلية التي هي العقائد وهذا التعريف يتناول الأحكام الشرعية العملية المتصلة بالجوارح كالعبادات

---

(٢٧) الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ١ : ٤ .

(٢٨) كشاف اصطلاحات الفنون ١ : ٣١ ونظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبد القادر ص ٢ .

والمعاملات ويشمل أيضا الأحكام الشرعية الفرعية القلبية كحرمة الرياء والكبر والعجب والحسد إلى غير ذلك من المسائل المتصلة بالاخلاق .

الطور الثالث:

وهو الذي استقر عليه العلماء إلى يومنا هذا أن الفقه هو " العلم بالاحكام الشرعية الفرعية العملية المستنبطة من ادلتها التفصيلية "[٢٩].

ويقصد بالعلم - في التعريف - الادراك سواء كان هذا الادراك على سبيل الجزم أو الظن ، ويراد بالاحكام الشرعية الاحكام التي مصدرها الشرع وهي الاحكام المستنبطة من الكتاب والسنة كالوجوب والندب والحرمة والكراهة والاباحة وكون العقد صحيحا أو فاسدا أو باطلا وكون العبادة قضاء أو أداء وهكذا ، ويخرج بهذا القيد الأحكام المأخوذة عن طريق العقل كالعلم بأن العالم حادث ، وأن الواحد نصف الاثنين ، أو المأخوذة من الحس والعادة كالعلم بأن النار محرقة فإن هذه الأحكام ليست بأحكام شرعية وبالتالي فانها لا تدخل في مدلول كلمة فقه .

ووصفها بالعملية يعني الأحكام الشرعية العملية التي يتعلق بها عمل المكلفين وفعلهم كعباداتهم ومعاملاتهم ، والمستنبطة من أدلتها التفصيلية أي المستخرجة من الأدلة التفصيلية الخاصة بها كقوله تعالى : " واقيموا الصلاة "[٣٠] وقوله تعالى : " أحل الله البيع وحرم الربا "[٣١] فان كلا منهما دليل تفصيلي يعمل المجتهد فيه اجتهاده وعقله ويصل من خلال ذلك إلى الحكم الشرعي وهو أن الصلاة

(٢٩) راجع الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء الاول ص ١٢.

(٣٠) البقرة آية ٤٣ .

(٣١) البقرة آية ٢٧٥ .

واجبة وأن البيع حلال وأن الربا حرام ، وتقييد الأدلة بأن تكون تفصيلية لاخراج الادلة الاجمالية كالقرآن والسنة والاجماع والقياس .... الخ وكون كل واحد منهما دليلا فان ذلك ليس محل بحث الفقيه ، وانما هو محل بحث الأصولي .

وخلاصة القول أن الفقه يعني ادراك الاحكام الشرعية كالوجوب والحرمة والندب والكراهة والاباحة .. الخ .. التي يتعلق بها عمل للكلف كعباداته ومعاملاته من أدلتها الخاصة بها في القرآن والسنة بعد أن يفرغ الفقيه جهده في ذلك .

من خلال هذا التعريف يمكننا أن نضع أيدينا على الحقائق التالية :

أ- أن الأحكام الاعتقادية والاخلاقية ليست بداخلة في علم الفقه لانها ليست بأحكام عملية ، ولكل واحد منهما علم خاص به ، فالعقائد محلها علم الكلام والأخلاقيات علم التصوف .

ب- أن الأحكام التي لا تؤخذ عن طريق البحث والنظر والاستنباط لا تسمي فقها فعلم المقلدين بالأحكام لا يسمى فقها لأنه غير مستنبط عن طريق النظر في الأدلة التفصيلية .

ج - أن الأحكام التي علمت من الدين بالضرورة كوجوب الصلاة والزكاة وصوم رمضان والحج على المستطيع ليس فقها ، لانه غير حاصل بالاستنباط بل حاصل بالضرورة بدليل حصوله للعوام والنساء والصبيان المميزين .

من هذا التعريف أيضا نعلم أن وصف الفقيه لا يطلق عند الاصوليين على المقلد مهما كان عنده من علم الفقه واحاطته بفروعه ، بل الفقيه عندهم من كانت عنده ملكة الاستنباط للأحكام من أدلتها التفصيلية .

هذا ولابد ان نلاحظ هنا ان مصطلح الفقه اصبح يطلق بعد شيوع عصر التقليد على الالمام والمعرفة بطائفة الاحكام الشرعية العملية من غير ان تتبع ذلك عملية الاستنباط ، وأن الفقيه غدا لقباً لمن حفظ طائفة من الاحكام الفقهية من غير أن يتجشم في ذلك مشقة الاستنباط والنظر .[٣٢]

المقارنة بين الشريعة والفقه :

- أسلفنا القول بأن الشريعة عرفت في طورها الاول بأنها ما سنه الله لعباده على لسان رسول من رسله من أحكام ، وعلى ذلك فهي إذا وصفت بالاسلامية تكون شاملة لكل ما جاء في القرآن والسنة من أحكام سواء كانت هذه الأحكام عقائدية أو أخلاقية أو عملية .

أما الفقه في الاصطلاح فهو كما ذكرنا : " العلم بالاحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية " وعلى ذلك فان الفرق بينهما يتضح في الآتي :

أ - الشريعة عامة شاملة لكل الجوانب العقائدية والأخلاقية والعملية ، والفقه خاص بالمسائل العملية فقط أي التي يتعلق بها عمل المكلف كالعبادات والمعاملات .

ب- الشريعة ما جاء في القرآن والسنة - أي ما اعتمد على الوحي -

(٣٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ٩ .

فهي تشريع الهي لا تجوز مخالفته ، أما الفقه فهو ما استنبط من القرآن والسنة عن طريق الفهم لنصوصهما أو كان معتمداً فيه على الاجماع والقياس وسائر أدلة الرأي والاجتهاد الأخرى وليس له حرمة الشريعة فتجوز مخالفته إذا كان المخالف يعتمد على دليل .

- وهذه المقارنة قائمة على التعريف الذي عليه العرف الغالب للشريعة والفقه ، أما على العرف الاخير الذي اشرنا اليه وهو الذي يجعل الشريعة مطابقة للفقه فانهما متطابقان ، كما أن الفقه في تعريفه الاول بأنه معرفة النفس ما لها وما عليها يطابق الشريعة في تعريفها الذي عليه جل العلماء .

- وعلى كل حال فاننا إذا اخذنا بالتعريف السائد للشريعة فإن الفقه يعتبر جزءاً منها ، وعلى ذلك تكون تسمية هذه المادة بمدخل التشريع الاسلامي من باب اطلاق الكل وارادة الجزء لانها لا تعالج كل مسائل التشريع الاسلامي وانما تعالج المسائل العملية فقط وهي مسائل الفقه وتسميتها بمدخل الفقه الاسلامي أوفق من جهة ان هذا المدخل يتناول تاريخ الاحكام العملية فقط الا انه غير مناسب لانه لا يشمل عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الذي كان عصر شريعة ولم يكن عصر فقه. ولهذا فضلنا مصطلح التشريع لشموله لعصر الرسول صلى الله عليه وسلم .

واذا كانت التسمية على الاطلاق الذي يجعل الشريعة مرادفة للفقه كانت سائغة بلا تجوز لان الكلمتين تعطيان معنى واحدا في ظل هذا المدلول كما أشرنا لذلك من قبل والله أعلم . . . .

اقسام الفقه الاسلامي:

- يسلك بعض الفقهاء سبيل تقسيم الفقه إلى قسمين رئيسيين عبادات هي الصلاة ، الصيام ، الزكاة ، الحج ، وما يتعلق بها من مسائل وأحكام . وعادات وهي ماعدا ذلك ويدخل فيها المعاملات من بيع واجارة ورهن .. الخ..، ومسائل العلاقات الاسرية كالزواج والطلاق وما يتصل بهما من أحكام النفقة والمهر والرضاع والحضانة الخ ، والجنايات وهي المسائل الخاصة بالقصاص والحدود والتعازير وما يدور في فلكها من أحكام ، والدعاوي وما يرتبط بها من وسائل الاثبات .

- ويزيد بعضهم في التقسيم اكثر فيجعلها ثلاثة أقسام عبادات وهي المسائل المنظمة للعلاقة بين الانسان وخالقة كالصلاة والصوم .. الخ ، ومعاملات وتتمثل في المعاملات المالية ، العقود وغيرها ، والمعاملات الاسرية الزواج وما يرتبط به - وعقوبات وهي مسائل القصاص والحدود والتعازير وما يرتبط بها .

- وفي عصرنا الحاضر جرى العرف على جعل اقسام الفقه الاسلامي :

أ- العبادات وهي التي تتعلق بالعلاقة بين الانسان وربه وتمثلها الصلاة والصوم والزكاة والحج وما يتصل بها .

ب- المعاملات وهي التي تتعلق بمعاملات الافراد ومبادلاتهم من بيع واجارة ورهن وكفالة وشركة ومداينة .. الخ .

جـ - الاحوال الشخصية وهي التي تتعلق بالاسرة من بدء تكوينها ويقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب ببعضهم .

د- الأحكام الجنائية وهي التي تتعلق بما يصدر عن المكلف من جرائم وما

يستحقه عليها من عقوبة ، ويقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم .

هـ - أحكام المرافعات وهي الأحكام المتعلقة بالقضاء والشهادات واليمين ويقصد بها تنظيم الاجراءات لتحقيق العدل بين الناس .

و - الأحكام الدولية وهي التي تتعلق بمعاملة الدولة الاسلامية لغيرها من الدول وبمعاملة غير المسلمين في الدولة الاسلامية .

ز- الأحكام الدستورية وهي التي تتعلق بنظام الحكم وأصوله، ويقصد بها تحديد علاقة الحاكم بالمحكوم ، وتقرير ما للأفراد والجماعات من حقوق .

حـ - الأحكام الاقتصادية والمالية وهي الأحكام المتعلقة بتحديد الحق في المال وتنظيم الموارد والمصارف [٣٣] .

- وهذه الاقسام التي ذكرناها للفقه الاسلامي تغطي كل الجوانب التي يشملها القانون ، فالقانون الخاص بجميع فروعه المدني والتجاري وقانون الاسرة والمرافعات والقانون الدولي الخاص . كل هذه المسائل عالجها الفقه الاسلامي فالمدني والتجاري ، تجد أحكامه في باب المعاملات ، وقانون الاسرة أو الأحوال الشخصية تجد أحكامه في باب النكاح والطلاق وما يتصل بهما من الحضانة والرضاع ، والمرافعات وهي الاحكام التي تتكلم عن شروط الدعوى وطريقة الحكم فيها وتبين القاضي المختص بالفصل في النزاع تجدها في ابواب الدعاوي في كتب الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه كما تجد ذلك في بعض الكتب المتخصصة في ذلك ككتاب معين الحكام ، ولسان الحكام ، وتبصرة الحكام .

---

(٣٣) راجع علم اصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٣٢ ، ٣٣ .

وتجد كذلك عند فقهاء المسلمين اهتماما بما يسمى الآن بنظام القضاء وفيه تكلموا عن شروط القاضي ووظيفته ، وطريقة تعيينه ، والقواعد التي يتبعها عند الفصل في القضايا التي تعرض عليه .

- والقانون العام ، ويعني به مجموعة القواعد التي تحكم علاقة الدول بعضها ببعضها في السلم والحرب وقد تناوله الفقهاء في كتب السير وباب الجهاد وهو الباب الذي يعالج أحكام الحرب بين المسلمين وغيرهم وقد اعتنى بعض الفقهاء بهذا النوع من الدراسة وافردوه بكتب خاصة وفي مقدمتهم محمد بْن الحسن الشيباني الذي الف كتاب السير الصغير بسطه في كتاب السير الكبير ، والإمام الاوزاعي امام اهل الشام حيث الف كتابه السير ، والامام أبويوسف صاحب أبي حنيفة - حيث الف كتابه الرد على سير الاوزاعي .

- والقانون الدستوري وهو القانون الذي يحدد نظام الحكم في الدول وينظم السلطات العامة فيها ، ويقرر حق الفرد في الدولة تناوله الفقهاء بالبحث في كتب خاصة بذلك هي كتب السياسة الشرعية او الأحكام السلطانية ومن الفقهاء الذين ألفوا في هذا الفرع :

أ - ابو الحسن الماوردي (ت ٤٥٠) له كتاب الأحكام السلطانية .

ب- القاضي ابو يعلي الحنبلي (ت ٤٥٨) له كتاب الأحكام السلطانية .

جـ - ابن تيمية الحنبلي (ت ٧٢٨) له كتاب السياسة الشرعية .

- والقانون الاداري وهو القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية بحثه فقهاء المسلمين في كتب السياسة الشرعية التي سبق ذكرها .

- والقانون المالي وهو القانون المنظم لمالية الدولة وطرق ايراداتها

ومصارفها تناوله فقهاء المسلمين في كتب الفقه في باب الزكاة والخراج ، وقد خصه بعض الفقهاء ايضا بكتب خاصة منها :

أ- الخراج : لابي يوسف ، صاحب أبي حنيفة .

ب- الخراج : ليحي بن آدم .

جـ - الأموال : لأبي عبيد .

- والقانون الجنائي وهو الذي يحدد الجرائم ومقدار عقوبة كل جريمة وقد بحثه فقهاء المسلمين في كتب الفقه في أبواب القصاص والحدود والتعازير . وهكذا نجد أن الفقه الاسلامي عالج في زمانه كل المسائل التي يعالجها القانون اليوم وعرض الكثير من المسائل بتفصيل لم يستطع الانسان رغم تقدمه ان يصل فيه إلى استنتاجات كالاستنتاجات التي نشأت في ظل الفقه الاسلامي [٣٤] .

خصائص الفقه الاسلامي:

للفقه الاسلامي مجموعة من الخصائص درج الكاتبون على إيرادها ومن خلالها نتعرف على السمات الذاتية للفقه الاسلامي ، والعناصر الأصيلة فيه التي تميزه عن غيره من أنواع الفقه ومن هذه الخصائص :

أ- صفته الدينية : من خصائص الفقه الاسلامي صفته الدينية أي تقديس احكامه واحترامها لما فيها من معنى ديني فوق المعنى الدنيوي الموجود فيها وهذه الصفة تؤدي الى احترام احكام الفقه الاسلامي وعدم مخالفتها استنادا إلى الوازع

(٣٤) راجع المدخل للفقه الاسلامي وتاريخ التشريع الاسلامي د. حسن على الشاذلي ص ١٦ وما بعدها والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ١٦ وما بعدها .

الديني قبل الرادع القانوني ، وتكسب الفقه الاسلامي ضمانة تخفف من التحايل على أحكامه لأن المتحايل وان أفلت من قبضة العقوبة فلن يفلت من عقاب ربه وهذه الخصيصة هي سر تعبير فقهائنا الأقدمين بقولهم " الحكم ديانة كذا والحكم قضاء كذا " فمن كان له دين على آخر مثلا وعجز عن اثباته بوسائل الاثبات المحددة لذلك فحكم لخصمه بالبراءة فالحكم القضائي يجعل المدين بريئا لكنه عند الله مدين لان الحق ثابت في ذمته وعلى ذلك جاء قول الرسول صلى الله عليه وسلم " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما اسمع فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها " [٣٥]

ب- من خصائص الفقه الاسلامي أنه يقصد إلى تكوين الفرد المسلم على مثال طيب من حسن الخلق ، ويذلك يعني بالعلاقة بين الانسان وربه والانسان واخيه الانسان ، أما القوانين الوضعية فلا تعني الا بتنظيم العلاقة بين الانسان وأخيه الانسان ، وإن تعرضت لشيء يخص الفرد فبقدر ما يعود صلاحه على المجموع .

جـ - من خصائص الفقه الاسلامي أنه فقه يجمع بين عنصري الاستقرار والتطور معا وعنصر الاستقرار فيه يتبدى في الأحكام التفصيلية لبعض المسائل كأحكام الحدود والكفارات والعبادات والمواريث والمحرمات من النساء وغيرها من المسائل التي قام عليها النص الثابت الذي لا يقبل التفسير والتأويل بحال ، ومثل

---

(٣٥) حديث صحيح رواه مالك وأحمد في مسنده ، والبخاري ومسلم وأبوداوود والترمذي والنسائي وابن ماجة . الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير لجلال الدين السيوطي ١ : ٣٩٢ طبعة دار الفكر .

هذه المسائل في جملتها لا تختلف باختلاف الزمان والمكان وتغير الظروف والأحوال وإنما هي مسائل ثابتة تقضي الفطرة بدوامها وثباتها .

أما عنصر التطور فيه فيبرز في مبدأ الاجتهاد بالرأي الذي يفتح المجال رحبا وواسعا للاجتهاد في المسائل غير المنصوص على حكمها إما بقياسها على المسائل المنصوص على حكمها إذا قام التشابه في الجامع المشترك أو بتحكيم مبدأ المصالح المرسلة الذي يتسع لكل ما يجد من المسائل ، والعمل بالاستحسان في كل ما فيه رفع حرج وتحقيق مصلحة والعمل بالعرف تقديرا لما يقضي به الحس الصادق للأمة في مجموعها .

د- من خصائص الفقه أيضا أنه في غير المسائل المتصلة بالعبادات فقه مدني يعالج المسائل المتصلة بالمسلمين والذميين على حد سواء مراعيا لغير المسلمين حقوقهم في عدالة واتزان .

هـ- من خصائص الفقه الاسلامي أن الجزاء فيه بتنوع إلى جزاء أخروي فقط كالجزاء على الحقد والحسد وأخروي ودنيوي وهو العام الغالب وبهذا يتميز الفقه الاسلامي على القوانين الوضعية التي يعتبر الجزاء فيها دنيويا فقط .

و - من خصائص الفقه الاسلامي أن أحكامه محمية من ناحية منح الثواب للطائع بنفس القدر الذي يترتب فيه الجزاء على العاصي في حين أن التشاريع الوضعية تقتصر فقط على الجزاء في حالة المخالفة ولا تستطيع ان تنهض بعبء الثواب للطائع .

ز- الفقه الاسلامي أساسه الشريعة الاسلامية وهي من صنع الله لذلك جاءت شريعة عادلة رسم فيها العدل بطريقة متوازنة وضبطت فيها المساواة بموازين

سامية : " يامعشر قريش لا يأتيني الناس بالأعمال وتأتوني بالانساب "[36] .ويقول صلى الله عليه وسلم راسما ميزان المساواة في حديث من أحاديثه : " وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها "[37] وليس كذلك القانون الوضعي فهو من وضع البشر وهو لذلك عرضة للتأثر بتكوين واضعيه وأهوائهم وأغراضهم وضوابط العدالة والمساواة فيه ضوابط بشرية وليست ضوابط الهية .[38]

ح - من خصائص الفقه الإسلامي " الشمول " حيث يتناول في أحكامه ما يحتاج إليه الفرد ، وما تحتاج إليه الجماعة ، وما تحتاج إليه الدولة ؛ ولهذا نجده يجمع بين العبادات ، والمعاملات المالية ، وأحكام الأسرة ، وأحكام الجنايات ، والعلاقات الدولية ، والأحكام الدستورية التي تنظم علاقة الحاكم بالرعية وعلاقة الرعية بالحاكم .

هذا والفقه الإسلامي - حين يستجيب لكل تلك الاحتياجات - يستجيب لها في اطار من التكامل الذي يصل بينها ويمنع من أن يكون أي احتياج منها نقيضاً للآخر ؛ فمصلحة الفرد فيه مصلحة للجماعة ، ومصلحة الجماعة فيه مصلحة للفرد ، وإذا تعارضت المصلحتان قدمت مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد "[39] .

---

(٣٦) الحديث رواه النسائي في الوصايا والامام أحمد في المسند .

(٣٧) جزء من حديث صحيح رواه الإمام أحمد في مسنده والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة - الجامع الصغير ١ : ٣٩٣ .

(٣٨) راجع في خصائص الفقه الاسلامي المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور حسين حامد ١١-١٤ .

(٣٩) راجع ص ١٢ من بحث للدكتور خليفه بابكر الحسن عن : " الثقافة الإسلامية مفهومها - غاياتها وأهدافها - خصائصها " مقدم للمنظمة الإسلامية للتربية والثقافة والعلوم .

" القسم الاول "

" الادوار التاريخية للتشريع الإسلامي مع دراسة لواقعه المعاصر "

تقديـــــم :

كما لم يتفق المؤرخون لتاريخ التشريع الاسلامي على تسميته كما أشرنا لذلك في الباب التمهيدي من هذا الكتاب [40] فانهم لم يتفقوا أيضا في تناولهم لعصوره وأطواره وان كان يغلب على عامة الكاتبين فيه تقسيمه إلى ستة عصور هي عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وعصر الصحابة وعصر التابعين وعصر الأئمة المجتهدين وعصر التقليد وعصر النهضة الفقهية الحديثة .[41]

وينتقد بعض الباحثين هذا المنهج في التقسيم بأنه متأثر بالمناهج الغربية في دراسة تاريخ الأدب وهي المناهج التي درجت على تقسيمه إلى ستة عصور هي (الجاهلي - الإسلامي - العباسي الأول - العباسي الثاني - الأتراك والمماليك - اليقظة في العصر الحديث) مع اختلاف الظاهرتين الأدبية والتشريعية واعتماد الظاهرة الأدبية على ظهور النوابغ الموهوبين في فترات التحول التاريخية مما يبرر ربطه بالعصور بحسب الصفة التي جاء عليها أما التشريع فيختلف عنه من جهة أنه يستند إلى واقع اجتماعي قد يكون - في بعض الحالات - مستمرا رغم انتهاء عصر وورود آخر أو على الأقل يمكن أن تتداخل العصور فيه .[42]

---

(٤٠) راجع ص ١٨ من هذا الكتاب .

(٤١) راجع على سبيل المثال تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ص ٦ وقد تابع أغلب الكاتبين الشيخ محمد الخضري في تقسيمه .

(٤٢) راجع " تدريس تاريخ التشريع الإسلامي في كليات الشريعة والحقوق بحث قدمه الاستاذ الدكتور محمد عبد الهادي سراج رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة الأسكندرية لندوة نحو " ثقافة شرعية قانونية موحدة " التي عقدتها كلية الشريعةوالقانون بجامعة الإمارات في مارس ١٩٩٤ بمدينة العين .

وهذه الملاحظة وجيهة وهي أيضا مؤيدة بأن بعض الكاتبين في تاريخ التشريع الاسلامي طرح مثل هذا التقسيم واعتمد تقسيما آخر [43] .

في ضوء ذلك اخترنا لدراسة تاريخ التشريع الاسلامي تقسيمه إلى أدوار تحكمها الاعتبارات الموضوعية وهي دور الوحي ويتمثل في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ودور الاجتهاد ويشمل كل عصور الاجتهاد منذ عصر الصحابة إلى نهاية عصر الأئمة المجتهدين ثم دور التقليد وأخيرا الدور الذي يمثل الواقع المعاصر للفقه الإسلامي .

وقسمنا تلك الأدوار التي تمثل - في مجموعها - هذا القسم إلى بابين هما :

الباب الأول : " الأدوار التاريخية للتشريع الإسلامي "

وينقسم إلى فصول :

- الفصل الأول : " دور الوحي "

- الفصل الثاني : " دور الاجتهاد " ويضم - في مباحث - عصر الصحابة وعصر التابعين وعصر الأئمة المجتهدين .

- الفصل الثالث : " دور التقليد "

الباب الثاني : " الواقع المعاصر للفقه الاسلامي "

وينقسم إلى مقدمة عن هذا العصر تاريخه وطبيعته ثم يتفرع إلى فصلين هما :

- الفصل الأول : الفقه الاسلامي والنظم المطبقة في العالم الإسلامي .

---

(٤٣) راجع على سبيل المثال التشريع الاسلامي تاريخه وخصائصه " للدكتور محمد مصطفى امبابي .ص ٥٤ .و" نظره عامة في تاريخ الفقه الاسلامي" للدكتور على حسن عبد القادر ص ٧ .

- الفصل الثاني : الفقه الاسلامي والنظم القانونية الحديثة .

وهذا التقسيم مناسب لأن التشريع بدأ بالوحي ثم أعقبه الاجتهاد ثم بعد أن ازدهر ذلك الاجتهاد واستفاض جاء التقليد والركون إلى المنجزات السابقة وأخيرا يأتي العصر الحاضر بما فيه من حركة ومحاولات تجديد وتقنين وتفاعل مع الأنظمة القانونية الأخرى بحسب الصورة التي سوف تكشف عنها الدراسة إن شاء الله .

الباب الأول

" الادوار التاريخية للتشريع الإسلامي "

الفصل الأول

" دور الوحـــــي "

دور الوحي هو عصر الرسول صلى الله عليه وسلم كما أشرنا إلى ذلك قبل قليل في تقديم هذا القسم ، وقد اخترنا له هذه التسمية مع أن الجوهر لا يختلف عن تسميته بعصر الرسول صلى الله عليه سلم التي درج عليها المؤرخون لنقابل بينه وبين الدورين التاليين وهما دوران قد تختلف طبيعتهما التشريعية عنه من حيث أن وظيفة أحدهما كانت الاجتهاد وأن وظيفة الآخر غلب عليها التقليد .

وهذه الأدوار بشكلها هذا أدوار طبيعية في تسلسلها من الناحية الموضوعية، وعلاوة على ذلك فان مصطلح الدور الذي اخترناه للمتابعة التاريخية تناسبه اضافة الوحي اليه ليعطي ذلك صورة كاملة للتشريع في هذه المرحلة كما أن التسمية بعصر قد تناسبها الاضافة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم كما فعل كثير من المؤرخين .

هذا وبعض المؤرخين يسمى هذا الدور بالدور التمهيدي للفقه الاسلامي ، وبعضهم يسميه بدور الطفولة[44]، ولهؤلاء عذرهم من جهة أن تناولهم للمادة التاريخية لم يكن من جهة أنها مادة للتشريع بقدر ما هي مادة للفقه وعصر الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن عصر فقه بالمعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة ولهذا اختاروا له تسمية الدور التمهيدي للفقه الاسلامي ، أو دور الطفولة .

وعلى كل حال فإننا قد اخترنا لهذه المادة اسم " تاريخ التشريع الاسلامي "

---

(٤٤) راجع الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ١ : ٤ ونظره عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبد القادر ص ٧ .

لأن التشريع وان كان حقيقة في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم لكنه لم ينقطع بالمعنى المجازي أي بمعنى استمداد الحكم من نص من نصوص الشريعة أو من دلائلها ومقاصدها كما أشرنا إلى ذلك من قبل [٤٥] . ويؤيد ذلك أكثر أن الأصوليين حينما عرفوا الحكم أصولا عرفوه بأنه " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع " واعتبروا الاجتهاد داخلا في خطاب الله وإن كان دخوله ليس دخول انشاء وانما دخول كشف عن حكم الله تعالى في المسألة [٤٦] وذلك يجعل التشريع موجودا في كل العصور لمقابلة احتياجات الأمة وان كان التشريع الحقيقي منحصرا في دور الوحي هذا وقد كان هذا الدور هو دور الوحي ودور التشريع الحقيقي لأن الرسول صلى الله عليه وسلم هو الذي جاء بالرسالة ونزل عليه الوحي مبينا للعقيدة الصحيحة ، والأخلاق الرفيعة، والأحكام التي تفصل بين الحلال والحرام والجائز والمحظور ؛ وبذلك تسلم حياة الناس ويتآزر عندهم السلوك مع العقيدة قال تعالى خطابا لرسوله :" يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك وان لم تفعل فما بلغت رسالته [٤٧] " وقال : " وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون " [٤٨]

في ظل ذلك التوجيه تصدى الرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك العصر لبلاغ ما أنزل إليه من ربه كما تصدى لمهمة البيان – فيما يحتاج إلى بيان من الأحكام – ففصل المجمل وخصص العام وقيد المطلق [٤٩] .

---

(٤٥) راجع ص٢١ من هذا الكتاب .

(٤٦) راجع الحكم الشرعي بين العقل والنقل للدكتور صادق عبد الرحمن الغرياني ص ١٨ .

(٤٧) المائدة : ٦٧ .

(٤٨) النحل : ٤٤ .

(٤٩) راجع فصل السنة كمصدر من مصادر التشريع في القسم الثاني من هذا الكتاب .

من كل ذلك تكون التشريع مما يجعل هذا العصر - بحق - عصر التكوين والانشاء ووضع الأسس والقواعد ويجعل غيره من العصور الآتية عصور تطبيق وعصور اجتهاد وسعي لمعالجة المستجدات من النوازل في هدى ما أرسى في هذا العصر من أسس وقواعد وما تقرر فيه من أصول ومصادر بحسب الصورة التي يأتي شرحها وتوضيحها فيما بعد .

هذا ومهمة التشريع في هذا العصر لم تكن مهمة يسيرة إذا لاحظنا أن البيئة التي نزل فيها وسعى لتنظيم حياتها وترتيب أوضاعها كانت بيئة جاهلية اتسمت حياتها بالفوضى وغلب عليها التفكك وجانبها العدل .

وكل ذلك يرجع لفقدان تلك البيئة للمثل التي تهديها والنظام الذي يسوسها والرباط الموحد الذي يحكمها ، بل وعلى النقيض من ذلك تماما كان الحكم في تلك البيئة للأهواء والأغراض ، وكانت الغلبة للقوة ؛ ولا شك أن مثل ذلك الوضع كفيل بأحداث التفكك وانبساط الفوضى .

والمتتبع لحياة العرب يجد ذلك واضحا فيها فعلى الصعيد السياسي لم تكن لهم دولة أو نظام واحد يحتكمون إليه وإنما كانت وحدتهم القبيلة وكل قبيلة كانت علاقتها مع غيرها من القبائل علاقة عداء وتوتر وصراع ما يلبث أن يهدأ الا ليثور من جديد وقد أدى كل ذلك إلى حروب طاحنة ومستمرة شهدها التاريخ [٥٠] .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل إن آثار ذلك الخلل الأساسي انعكست في الحياة الاجتماعية فتفشت في عرب الجاهلية الأخلاق الذميمة كشرب الخمر وأكل

---

(٥٠) الفكر السامي للحجوي ١:٨ ونظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ٨ ,٩ .

الربا ورأد البنات ، والإمعان في ظلم المرأة واضطهادها والزراية بها والتقليل من شأنها بل وأكثر من ذلك كانوا يجعلون مفاسدهم هذه سبيلا للفخر في منتدياتهم واسمارهم وأشعارهم وكثيرا ما طفح شعرهم بالافتخار بقطع السبيل ، وقتل النفس ، وسلب الحقوق وشرب الخمر والدفاع عن القبيلة والتعصب لها "[51] .

من هنا فإن حياتهم لم تألف تنظيما تشريعيا أو تعرف ضوابط للسلوك والتعامل الا في مسائل يسيرة يرجع بعضها إلى طبيعتهم العربية الخالصة كالأحلاف التي كانت تعقدها القبائل مع بعضها للتناصر والحماية ونظام القصاص الذي كانوا يقولون فيه "القتل أنفى للقتل " ونظام العاقلة في الدية والقسامة وبعض نظم الأرث التي كانوا يحرمون فيها المرأة من الميراث ويجعلونه للذكر الذي يحمل السلاح ويدافع عن القبيلة ، وبعض صور المعاملات التجارية التي يبدو أنهم اكتسبوها من التعامل الذي كان يقع بينهم وبين الدول المجاورة ورحلاتهم في هذا الصدد مشهورة ورد ذكرها في القرآن الكريم "[52].

بالاضافة إلى ذلك كانت لهم معرفة ببعض مناسك الحج والاختتان والغسل من الجنابة ، وهذه الأخيرة انحدرت إليهم من الديانات السابقة التي عرفتها جزيرة العرب "[53] .

وبالقطع فان تلك القواعد التي عرفتها حياتهم لم تكن وافية بالنظام الاجتماعي لهذا : " بقيت الأمة العربية مفترقة الأهواء فاقدة النظام تخوض غمار الحرب لقتل نفس أو لضربة أو سبة فتنقطع السبل وتذهب الحقوق وتنقطع

(٥١) الفكر السامي للحجوي ١ : ٨ .

(٥٢) نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ٧.

(٥٣) الفكر السامي ١ : ٦ .

المواصلات والمعاملات فكانوا في جاهلية جهلاء "[54] .

ولم يكن حال الناس وراء جزيرة العرب بأفضل كثيرا من حال أهل الجزيرة وان كانوا قد عرفوا حضارات عريقة لكن مع ذلك فإن حياتهم غلب عليها الصراع ، وعصفت بها الحروب الدامية ، وطغت عليها المادية ، وانعدمت فيها القيم الروحية والخلقية وسيطر عليها التمييز بين البشر وجعلهم طبقات - في الحياة الاجتماعية - إما بحسب جنسهم أو مهنهم أو ما يملكون من مال وما يقتطعون من أراضي "[55] .

في ظل الظروف السابقة التي كانت ترزح الانسانية تحت وطأتها في الجزيرة العربية وخارجها جاء التشريع الاسلامي ليقوم بمهمة الاصلاح الشاملة الأولى في تاريخ الانسان فكان - بحق - رحمة للعالمين كلهم :"وما أرسلناك الا رحمة للعالمين "[56] " يبشر المؤمنين المهتدين وينذر العصاة والكافرين : " وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا "[57] .

بداية دور الوحي وفترتاه:

بدأ هذا الدور سنة ٦١٠ م ببعثة النبي صلى الله عليه وسلم واستمر مدة ثلاث وعشرين سنة هي المدة التي عاشها الرسول صلى الله عليه وسلم منذ بعثته إلى انتقاله إلى الرفيق الأعلى .

---

(٥٤) المرجع السابق ١ : ٧ ، ٨ .

(٥٥) المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور / حسن الشاذلي ٢٨ ، ٢٩ .

(٥٦) الأنبياء : ١٠٧ .

(٥٧) سبأ : ٢٨ .

هذا وينقسم هذا الدور في جملته إلى فترتين متمايزتين الفترة الأولى هي الفترة المكية والثانية الفترة المدنية ولكل فترة من الفترتين ظروفها وطبيعتها وخصائصها التي تتميز بها عن الأخرى .

الفترة المكية :

هي الفترة التي مكثها الرسول صلى الله عليه وسلم في مكة من لدن بعثته إلى حين هجرته إلى المدينة ، وتغطي هذه الفترة من الناحية الزمنية ثلاث عشرة سنة تقريبا ، ثلاث منها مكثها الرسول صلى الله عليه وسلم بعد بداية نزول الوحي عليه في غار حراء دون أن ينزل عليه فيها شيء ثم بعد ذلك - تتابع نزول الوحي عليه .

وقد اهتم التشريع في هذه الفترة بأمرين :

أولهما : الدعوة إلى التوحيد ورد العقائد الفاسدة بتركيز على الحجج الدامغة الدالة على وجود الخالق جل شأنه ووحدانيته وصفاته واثبات الرسالات والكتب السماوية السابقة على الاسلام والملائكة واليوم الآخر والجنة وما فيها من نعيم ينتظر المحسنين والنار وما فيها من عذاب أعده الله للمفسدين .

وقد بدأ التشريع في ذلك بالدعوة إلى الايمان بالله وحده في آيات كثيرة فاض بها القرآن الكريم وتبعت ذلك الدعوة إلى الايمان بالملائكة والكتب والرسل .

أما الحجج الدامغة على اثبات وجود الله ووحدانيته فقد تمثلت في مظاهر تبدأ من الانسان نفسه ثم الكون الذي يعيش فيه ثم اخبار الأمم التي سلفت وما

حاق بها من عذاب وكوارث وويلات عندما تنكبت الجادة وبعدت عن طريق الحق طريق الايمان بالله .

ثانيهما : الدعوة إلى مكارم الأخلاق وغرس المثل العليا في النفوس ، وقد اتخذ التشريع في هذا الجانب أسلوب التعديل الفوري والمباشر للأخلاق الذميمة التي كان عليها العرب وأسلوب الدعوة إلى المثل العليا المجردة لتكون معيارا عاما يمكن تطبيقه في كل زمان .

ومن أمثلة ذلك أن العرب كانوا لا يعرفون في تعاملهم العفو وانما كان ديدنهم الانتقام والثأر فدعاهم الاسلام إلى العفو وحثهم عليه .

كما دعاهم إلى الزهد والتعفف وكانوا قوما تغلب على حياتهم الأثرة والأنانية ومنعهم من الاستغلال وأكل الربا وكانوا يأكلونه أضعافا مضاعفة كما نبه إلى ذلك القرآن الكريم .

وفي باب المثل المجردة دعاهم إلى العدل والوفاء بالعهود والاحسان إلى الجميع والتعاون على البر والتقوى .

وبالجملة فإن الأخلاق التي دعا لها التشريع في ذلك الزمن كانت تهدف إلى تطهير النفس وتزكيتها وفطمها عن الحقد والكبرياء والتعالي والخيانة والكذب والسخرية والظن والتجسس والغيبة وتسعى بها إلى تهذيب السلوك والاحسان في القول والفعل ، وتحثها على الحب والاحسان والتسامح في محيط الأسرة الصغيرة ومن ثم الوالدين والأقارب والجيران ومن بعد المجتمع في عمومه وبخاصة ذوي الظروف الخاصة من اليتامى والمساكين وأبناء السبيل وغير المسلمين الذين يساكنون المسلمين ويعايشونهم في اطار عهد الذمة بينهم وبين المسلمين .

هذان هما الأمران اللذان اهتم التشريع بهما في هذه الفترة الأولى من هذا الدور ، ولا شك أن إرساء دعائم هذين الأمرين العقيدة والاخلاق وان كان مقصودا لذاته لكنه كان تمهيدا حسنا لفترة التشريع العملي اللاحقة التي تكفلت بها الفترة المدنية ؛ ذلك أن النظم القانونية والأوضاع التشريعية لا تجد حياتها وقدرتها على الاستمرار في أداء وظيفتها بنجاح الا من خلال توحيد الهدف الذي يتمثل في العقيدة والدافع النفسي الداخلي للانسان الذي يتمثل في خلقه ومثله العليا وقد كان اهتمام التشريع بهذين الجانبين عظيما ؛ دليل ذلك أن آيات القرآن بلغت نحو ستة آلاف آية وكان ما يتعلق بالجوانب العملية فيها لا يعدو المائتين أما بقية الآيات فكانت تعالج العقيدة والأخلاق [58]

على أنه لابد من أن يلاحظ هنا أن هناك بعض الأحكام العملية التي شرعت في هذه الفترة – أي سبق تشريعها الهجرة إلى المدينة – وهي بعض المسائل التي كانت الحاجة إليها ماسة وشديدة كالصلاة التي شرعت عند واقعة الاسراء والمعراج ، وكان ذلك قبل الهجرة بسنة وأحكام الطهارة المتصلة بها كتشريع الغسل والوضوء كما يرى كثير من العلماء كما تضمنت هذه الفترة أيضا النهي عن الموبقات الشديدة التي كانت تعصف بكيان المجتمع وكان لابد من المبادرة إلى اقتلاع شأفتها كوأد البنات وقتل الأولاد خشية الفقر وتقديم النذور والقرابين للأصنام وأكل ما لم يذكر اسم الله عليه .[59]

---

(٥٨) المدخل للاستاذ الدكتور / حسن الشاذلي ص ٣٤ .

(٥٩) الفكر السامي ١ : ١٠٦ .

ومما ينبغي ذكره هنا أن الخطاب التشريعي في هذه الفترة كان عاما وموجها للناس كلهم ولهذا كانت تصدر آيات القرآن فيه " ياأيها الناس " وهذا واضح لأن هذه الفترة كانت فترة دعوة واصلاح فلابد من أن يوجه الخطاب فيها إلى كل الناس كما أنه كان يأتي في نسق خطابي ليحرك العاطفة ويستحث الوجدان وكانت سور القرآن فيه قصار خدمة لهذا الغرض [٦٠]

وفضلا عن ذلك فقد كانت هذه الفترة تمثل مرحلة كملتها المرحلة المدنية الآتية ولهذا فإن بعض الأحكام التي شرعت فيها لحقها النسخ في المرحلة المدنية .

الفترة المدنية :

هي مرحلة التشريع في المدينة وتبدأ من هجرة النبي صلى الله عليه وسلم إلى انتقاله إلى الرفيق الأعلى وتغطي من الناحية الزمنية مدة عشر سنوات هي المدة التي مكثها الرسول صلى الله عليه وسلم في المدينة من لدن هجرته إلى وفاته صلى الله عليه وسلم .

وتتميز هذه الفترة بأن التشريع فيها اتجه بعد أن رسخت العقيدة في النفوس وتشرب الناس بأخلاق الاسلام ونبذوا الضلال والأباطيل التي كانوا عليها اتجه إلى مرحلة التنظيم لحياتهم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية فكان نزول الأحكام المنظمة لعلاقة الانسان بربه ومبينة لوسائل عبادته وتقربه إلى خالقه ، والاحكام المنظمة لعلاقات الانسان الاسرية من زواج وما يرتبط به من بيان حقوق

---

(٦٠) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ص ١٥ والتشريع الاسلامي تاريخه وخصائصه للدكتور محمد مصطفى امبابي : ٦٧ .

الزوجين ، والطلاق وأسبابه وما يترتب عليه ، والابناء وحقوقهم والميراث وطرق توزيع التركة ، كما أنزلت في هذه الفترة الأحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات ، ووضعت أيضا أسس المعاملات التجارية ، ونظم الدولة السياسية والادارية والقضائية وبالجملة اتجه التشريع الاسلامي في هذه الفترة إلى تكوين المجتمع المسلم وصياغته بصورة عملية مباشرة ·

طريقة التشريع في هذه الفترة:

كانت الطريقة التي يتم بها التشريع في هذه الفترة واحداً من أمور ثلاثة
١- أن تقع حوادث تقتضي حكما من الشارع فيضع الشارع بتلك المناسبة للحادثة حكها . ٢ - ان يسأل المسلمون الرسول صلى الله عليه وسلم عن حكم مسألة عرضت لهم ، فيجيب الشارع ببيان حكمها . ٣ - أن ينزل التشريع علاجا لقضايا لابد من علاجها من غير ان تحدث في ذلك حادثة أو يتصدى سائل بالسؤال عن الحكم :

والطريقة الأولى وهي وقوع حادثة تستدعي حكما كحادثة خولة بنت ثعلبة التي ذهبت إلى النبي صلى الله عليه وسلم تشكو له زوجها حين ظاهر منها ، فنزل قول الله تعالى : " قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم إن امهاتهم الا اللائي ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور " [٦١] .

---

(٦١) المجادلة آية ١ ،٢.

وحادثة هلال بن امية الذي قذف زوجته فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم البينة والا حد في ظهرك فقال له هلال يارسول الله اذا رأى احدنا على امرأته رجلا أينطلق يلتمس البينة فكرر الرسول صلى الله عليه وسلم البينة والا حد في ظهرك فنزل قوله تعالى : " والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين " [٦٢] .

وحادثه الرجل الذي عزم أن يتزوج امرأة مشركة وعلق نكاحه لها على موافقة النبي صلى الله عليه وسلم فلما أخبره صلى الله عليه وسلم نزل قوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم " [٦٣] .

ومن صور ذلك أيضا أنه لما توفى أوس بن ثابت الأنصاري وترك امرأته وثلاث بنات له منها أخذ ابنا عمه التركة ولم يعطيا امرأته ولابناته شيئا كما هي عادة أهل الجاهلية فاشتكت زوجة أوس إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فدعا ابنى عمه وسألهما الأمر فكانت حجتهما في أخذ كل المال هي أن البنات " لا يركبن فرسا ولا يحملن كلا ولا ينكأن عدوا " ثم انتظر الرسول صلى الله عليه وسلم فنزل عليه الوحي بقوله تعالى " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا " [٦٤]

---

(٦٢) النور آية ٦ ،٧.

(٦٣) البقرة آية ٢٢١ .

(٦٤) النساء : ٧ .

ثم نزل قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين "[65] فأعطى زوجته الثمن وبنتيه الثلثين والباقي لابني العم[66] .

وهناك الكثير من الحوادث والعديد من الوقائع التي استدعت نزول أحكام شرعية ومن أراد التوسع في هذا المجال يمكنه الرجوع الى الكتب المؤلفة في أسباب نزول آيات القرآن الكريم . ويمكننا أن نشير هنا إلى أن التشريع في هذه الفترة كان عمليا ومتابعا للأحداث التي تواجه الناس فيطلبون من الرسول صلى الله عليه وسلم حكم الشارع فيها .

والطريقة الثانية وهي سؤال النبي صلى الله عليه وسلم . ونزول الحكم جوابا لذلك كقوله تعالى : " ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن "[67] وقوله تعالى " ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير "[68] ." ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو "[69] .

وهذه الطريقة كسابقها تعزز الاتجاه العملي في التشريع الاسلامي لمواجهة مشاكل الناس وقضايا الحياة .

والطريقة الثالثة أن ينزل الحكم من غير أن تكون هناك حادثة تستدعيه ولا سؤال يستوجبه ولكن الله ينزله لضرورته للمجتمع وتنظيمه ، ومن هذا النوع كثير من أحكام الزكاة والأسرة والعقوبات والمعاملات ونحو ذلك .

---

(٦٥) النساء : ١١ - ١٣ .

(٦٦) راجع المدخل للاستاذ الدكتور / حسن الشاذلي ٤٣ .

(٦٧) البقرة : آية ٢٢٢ .

(٦٨) البقرة : آية ٢٢٠ .

(٦٩) البقرة : آية ٢١٩ .

الاحكام التي تكونت من التشريع في هذه الفترة :

وقد تكونت من التشريع في هذه الفترة أحكام تتناول كل جوانب حياة الانسان سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات أو العقوبات أو نظام الأسرة أو الجهاد أو الآداب العامة التي يحتاجها الناس في تعاملهم مع بعضهم .

وسوف نعرض لتلك الأحكام في اطار موضوعاتها بطريقة تاريخية خدمة لأغراض هذا الكتاب وهو مدخل تاريخي في المقام الأول .

١- العبادات :

سلف أن اشرنا إلى أن تشريع الصلاة تم في واقعة الاسراء والمعراج قبل الهجرة وتبعها في ذلك الوضوء والغسل ، وقد شرع الأذان للصلاة في السنة الأولى للهجرة وكذلك الخطبة لصلاة الجمعة أما صلاة الجمعة نفسها فقد شرعت قبل الهجرة، وفي السنة الرابعة للهجرة شرع قصر الصلاة في السفر كما شرعت صلاة الخوف وصلاة الخسوف والتيمم ، وفي السنة الخامسة شرعت صلاة الاستتسقاء وفي السادسة شرعت صلاة الجنازة وفي السنة العاشرة شرعت صلاة الكسوف .

أما الصوم فقد شرع في السنة الثانية وكذلك زكاة الفطر والأضحية وزكاة المال أما الحج والعمرة فقد شرعنا في السنة الرابعة .[٧٠]

والطابع الغالب على تشريع العبادات هو تفصيلها لأن طبيعتها لا تقبل الاجتهاد ولهذا فإن ما ورد منها مجملا من القرآن فقد فصلته السنة النبوية في هذا

---

(٧٠) الفكر السامي ١ : ١١٠ وما بعدها .

الدور نفسه وهو دور الوحي .

فالصلاة أوجبها القرآن من غير بيان فبين الرسول صلى الله عليه وسلم عدد الصلوات والركعات وكيفيتها وشروطها وكيفية اصلاح الخلل فيها كما وضح أوقاتها وكيفية قضاء فوائتها بالإضافة إلى بيانه لتفاصيل الطهارة وشروطها وقال الرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك" صلوا كما رأيتموني أصلي " [٧١].

ومثل ذلك الزكاة التي فرضها القرآن فبينت السنة قدرها الواجب ووقتها ، والصوم أوجبه الله فبينت السنة كيفية بدايته بالرؤية كما بينت أحكام من تركه عامدا أو ناسيا إلى غير ذلك من تفاصيل الأحكام .

والحج أوجبه الله في القرآن فبينت السنة أحكام الاحرام له وبينت حدود عرفة ووقت الوقوف وكيفية السعي والطواف وعدد الأشواط وقد عبر الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله : " خذوا عني مناسككم " [٧٢] .

٢- أحكام الاسرة:

من القضايا المبكرة التي عالجها التشريع في دور الوحي هذا أحكام الأسرة حيث شرعت في السنة الأولى بعض أحكام النكاح كالصداق والوليمة [٧٣] .
وفي الثالثة شرعت أحكام الطلاق ونزلت في ذلك سورة كاملة من القرآن الكريم [٧٤]
كما نسخ الظهار في السنة السادسة وقرر التشريع الاسلامي فيه حكما يغاير ما

---

(٧١) الحديث رواه البخاري في الأدب ٨ : ١١ طبعة الشعب .

(٧٢) حديث صحيح لمسلم عن جابر الجامع الصغير ٢ : ٤٠١ .

(٧٣) الفكر السامي ١ : ١١٢ .

(٧٤) المرجع السابق ١ - ١٢٣ .

كان عليه أهل الجاهلية [٧٥] . وكذلك نكاح المتعة الذي كان مشروعا لظروف الغزو والسفر كان نسخة في غزوة " اوطاس " في السنه الثامنة من الهجرة [٧٦] ، وفي السنة التاسعة وقعت قصة عويمر العجلاني التي سبقت الاشارة اليها فشرع اللعان [٧٧] ، وقد كانت السنة النبوية في هذا الدور أيضا مع القرآن الكريم تعالج قضايا الأسرة فحث الرسول صلى الله عليه وسلم في أحاديثه على الزواج وبين أحكام الخطبة وشرط اعلان النكاح ، وبين الولاية فيه ونهى عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها وشرع أحكام الصداق إلى غير ذلك من أحكام كثيرة ....

هذا ويلاحظ على أحكام الأسرة في عمومها أن الشارع اتجه فيها إلى التفصيل كالعبادات لأنها من المسائل الأساسية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان وبالتالي لا تكون محلا للاجتهاد ، وعلى كل فإن ما جاء منها مجملا في القرآن فإن السنة النبوية تكفلت بتفصيل تشريعه كما سلفت الاشارة .

٣-الميراث:

نزلت آيات الفرائض في السنة الثالثة للهجرة أثر غزوة أحد بعد أن مات بعض المسلمين فيها ، وتبدو واقعية التشريع الاسلامي فيها كما سلفت الاشارة لأن بعض الناس طبقوا في الميراث أحكام الجاهلية فاشتكى أصحاب الحق ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم فنزلت آيات المواريث التي انصفت المرأة وأعطتها نصيبها من

(٧٥) المرجع السابق ١ : ١٣٤ .

(٧٦) المرجع السابق ١ : ١٣٩ .

(٧٧) المرجع السابق ١ : ١٤٧ .

الميراث بعد أن كانت تحرم منه في الجاهلية لعدم اشتراكها في الحرب والدفاع عن القبيلة .[78]

ويلاحظ على أحكام الميراث أيضا كأحكام الأسرة التفصيل من الشارع الحكيم كما يلاحظ عليها أنها دقيقة ومستوعبة .

وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم فيها أحكام العصبات : " ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت السهام فلأولى رجل ذكر[79] " كما منع الوصية بأكثر من الثلث في قصة سعد بن أبي وقاص حين قال له : " الثلث والثلث كثير إنك ان تذر ورثتك اغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالة يتكففون الناس[80] إلى غير ذلك من أحكام كثيرة .

٤- المعاملات:

في دور الوحي هذا شرعت أصول المعاملات المتمثلة في ضرورة الوفاء بالعقود حيث نزل في السنة العاشرة قوله تعالى " يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود "[81] . وحرم الربا تحريما باتا ، ونهى الله سبحانه وتعالى عن أكل أموال الناس : " يا أيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم "[82] . كما بين الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الدور كثيرا من

(٧٨) المرجع السابق ١ : ١٢٠ .

(٧٩) الحديث متفق عليه (راجع البخاري ٨ : ١٨٧ ومسلم ٥ : ٥٩) .

(٨٠) حديث صحيح متفق عليه . الجامع الصغير ١ : ٥٥٣ .

(٨١) المائدة : ١

(٨٢) النساء : ٢٩ .

أحكام المعاملات حيث نهى عن الغرر وعن البيوع التي كان يتعامل بها الناس في الجاهلية .

وفي كل الأحوال فإن المعاملات لاختلافها باختلاف الزمان والمكان فقد شرعت في هذا الدور أصولها ووضعت قواعدها الكلية وتركت التفاصيل ليتولاها الناس -اجتهاداً - في إطار ظروف زمانهم ومكانهم بشرط ان يلتزموا بضوابطها الشرعية ومقاصد الشارع من تشريعها .

٥- العقوبات:

في هذا الدور شرعت العقوبات حيث شرع حد الرجم في زنا المحصن في السنة الرابعة بتطبيق الرسول صلى الله عليه وسلم له على اليهوديين اللذين زنيا ، وفي نفس السنة شرع حد القذف حفظا للأعراض أثر حادثة الافك التي ابتليت بها السيدة عائشة - رضي الله عنها - وبرأها الله منها [٨٣] .

وفي السنة السادسة أو السابعة شرع حد الحرابة وأقامه النبي صلى الله عليه وسلم على نفر حاربوا وقاتلوا راعي النبي وسمروا عينه وغدروا واستاقوا زود الصدقه .[٨٤] فنزل في شأنهم قوله تعالى : " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض "[٨٥] .

وفي السنة الثامنة شرع القصاص بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم

---

(٨٣) الفكر السامي ١ : ١٢٤ ، ١٢٦ .

(٨٤) المرجع السابق ١ : ١٣٦ .

(٨٥) المائدة : ٣٣ .

القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى " [٨٦]
وكانت العرب تعرف القصاص - كما أسلفنا - غير أن المسؤولية فيه عندهم كانت على القبيلة كلها لا على الجاني ؛ ولهذا كان القصاص يؤدي في بعض الأحوال إلى الحرب بين قبيلتين فجعل التشريع الاسلامي المسؤولية فيه على الجاني وجعل لأولياء المقتول الحق في المطالبة بدمه أما نظام الديات فقد كان معمولا به عند العرب وأبقاه الاسلام [٨٧] .

وفي السنة الثامنة شرع حد السرقة وقطعت يد امرأة مخزومية سرقت بمكة [٨٨] وهكذا شرعت في هذا العصر أحكام الحدود والقصاص التي قصد منها إلى صلاح الأمة " ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب [٨٩] وزجر المعتدين حتى لا يعودوا إلى الجناية مرة أخرى : " جزاء بما كسبا نكالا من الله [٩٠]" وجعلت العقوبات بدنية لتتسم بطابع الردع لأن جرائم الحدود من الجرائم التي تروع المجتمع وتزعزع أمنه واستقراره سواء تعلق ذلك بالنفس أو العرض أو المال ، والأمن مقوم أساسي من مقومات الحياة .

هذا وقد حرص الشارع في هذا الدور على النص على العقوبات الأساسية ولم يتركها عرضة للاجتهاد لأن موجباتها موجبات ثابتة لا تختلف باختلاف الزمان والمكان وأعطى فيما عداها الحق للحاكم في التعزير بحسب ما يراه محققا للمصلحة من عقوبة .

---

(٨٦) البقرة ١٧٨ وراجع الفكر السامي ١ : ١٣٨ .

(٨٧) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري : ٧٦ .

(٨٨) الفكر السامي : ١ : ١٤٠ .

(٨٩) البقرة : ١٧٩ .

(٩٠) المائدة : ٣٨ .

٦- الجهاد:

من الأحكام التي شرعت مبكرة في هذا الدور أحكام الجهاد تلبية لحاجة جيش المسلمين والمحاربين إليها في ذلك الزمن الذي كثرت فيه الغزوات نشراً لدين الله ففي السنة الثانية للهجرة أحل الله للمجاهدين غنائم الحرب وقضى عليهم بتوزيعها أخماسا : " واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين "[٩١] وقد كانت العرب توزع الغنائم على حسب القوة والعصبية وكان رؤساؤهم يأخذون معظمها "[٩٢] ، كما بين التشريع توزيع الأنفال في نفس السنة والنفل ما يعطيه قائد الجيش لمن أظهر مزية في الحرب من رأس مال الغنيمة قبل تخميسها وقيل إنه يكون من الخمس وهو القول المشهور[٩٣] .

ومن الأحكام التي شرعت في هذا الدور في شأن الحرب أحكام فداء الأسرى وقد شرعت بعد اختلاف سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر حول أسارى بدر الذين كان يرى عمر قتلهم ويرى أبو بكر الاكتفاء بأخذ الفدية منهم وقد أخذ الرسول صلى الله عليه وسلم برأي سيدنا أبي بكر فأخذ منهم الفدية فنزل قوله تعالى : " ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض "[٩٤] الآية .

وفي السنة السادسة شرعت أحكام الصلح والسلم بعد بيعة الرضوان ونزل

---

(٩١) الأنفال : ٤١ .

(٩٢) الفكر السامي ١ : ١١٨ .

(٩٣) المرجع السابق والصفحة .

(٩٤) الأنفال : ٦٧ .

في ذلك قوله تعالى : " وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله [95] " .

ويمتاز التشريع الذي كان في شأن الحرب في هذا الدور بالتنظيم وضبط العلاقات بين الأطراف المتنازعة إذا دعت للحرب ضرورة كما نظمت المعاهدات والصلح مع النهي عن الاعتداء على الضعفاء من النساء والأطفال ورجال الدين والمسنين مما أخرج الحرب من دائرة الأغراض الشخصية والامعان في التشفي وهو ما كان عليه شأن الناس قبل الاسلام في الجزيرة العربية وخارجها .

٧- الآداب:

من الأحكام التي شرعت في دور الوحي هذا آداب الحياة الاجتماعية في تعامل الناس مع بعضهم في الدخول والاختلاط وغير ذلك من شئون الحياة فشرع الحجاب في السنة الرابعة للهجرة وشرع الاستئذان حفظا لحرمة الناس وأسرارهم ، وفي السنة الثامنة وفدت وفود كثيرة على النبي صلى الله عليه وسلم وكثر دخول الناس في الاسلام فنزلت سورة الحجرات التي تضمنت كثيرا من الآداب الاجتماعية في التعامل بين المسلمين مع بعضهم [96] ثم اتسعت عن طريق التشريع النبوي لتشمل آداب أوضاع الانسان في نومه وأكله وشربه ولبسه بل وتعامله مع البيئة التي حوله : " إماطة الأذى عن الطريق صدقة "[97] .

---

(٩٥) الأنفال : ٦١ .

(٩٦) الفكر السامي : ١ : ١٤٤ .

(٩٧) أخرجه البخاري في " الأدب " وللترمذي ولابن حبان في صحيحه - الجامع الصغير ١ : ٤٩٧ .

- مميزات التشريع في هذا الدور :

تميز التشريع الاسلامي في دور الوحي هذا في أحكامه بالتدرج ولم تأت احكامه دفعة واحدة وذلك كله رفقا بالمكلفين ورحمة بهم ولكيلا يشق عليهم الأمر ، ونزعة التدرج في التشريع في هذا الدور تلاحظ من عدة وجوه :

أولا : أنه بدأ بالعقيدة والأخلاق ثم أتى بعد ذلك بالأحكام العملية وهذا في جملته تدرج وبعد عن الطفرة فلابد أولا من أن يؤمن الناس ثم بعد ذلك يكون التشريع لهم ...

ثانيا : أن أحكامه لم تنزل مرة واحدة وانما نزلت في فترة زمنية طويلة ووفقا للظروف والملابسات احيانا فالأحكام الشرعية لم تنزل في وقت واحد وإنما بدأت منذ أن بدأت الرسالة ثم استمرت إلى أن ختمت بقوله تعالى : اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا " التي نزلت في حجة الوداع.

ثالثا : أن الحكم الواحد كان في بعض الاحيان يحدث فيه تدرج ففي أول الأمر ينزل حكم ، وبعد فترة زمنية ينزل حكم آخر يكون أكثر تلاءما مع حالة المسلمين وهكذا ومن الأمثلة على ذلك :

في الصلاة :

فقد شرعت أول الأمر ركعتين بالغداة وركعتين بالعشي ، لأن القوم أولا كانوا حديثي عهد بالاسلام ولم يكونوا قد تذوقوا حلاوة الايمان بالطريقة التي

تحببهم في الصلاة ، ثم لما تغلغل الايمان في نفوسهم وذاقوا حلاوته جعلها الله خمس صلوات في اليوم والليلة .

في تحريم الخمر:

كان شرب الخمر عادة متأصلة في العرب ومتفشية فيهم ، وكانت موضع فخرهم في اشعارهم ، لذا لما أراد التشريع الاسلامي تحريمها تدرج بذلك فبعد ان قال الله : " ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا [٩٨] جاء قوله " يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما أثم كبير ومنافع للناس وأثمهما أكبر من نفعهما " [٩٩] وما غلب أثمه ينبغي تركه وذلك تمهيدا للتحريم ، جاء بعد ذلك نهيه عن الصلاة حال السكر : " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " [١٠٠] .

ثم أخيرا جاء التحريم القاطع لها في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " [١٠١] وبذلك تدرج التشريع بتحريم الخمر تدرجا هيأ النفوس لقبول الحكم والامتثال له ومن غير أن يترتب على ذلك ما يعنت النفوس أو يلحق بها العسر والمشقة .

---

(٩٨) النحل آية ٦٧ .
(٩٩) البقرة آية ٢١٩ .
(١٠٠) النساء آية ٤٣ .
(١٠١) المائدة آية ٩٠ .

في عقوبة الزنا:

كانت عقوبة الزنا في صدر الاسلام الحبس في البيوت للنساء والايذاء بالقول للرجال " واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا "[١٠٢] .

ثم جعل الله العقوبة بعد ذلك الجلد لغير المحصن والرجم للمحصن وهكذا تدرج الشارع بالحكم من حال الى حال ، وكل ذلك بغرض الوصول إلى الحال التي تقود الى قبول الناس للحكم وامتثالهم له .

رابعا : أن أحكامه كانت واقعية فيما وقع من النوازل فعلا أو فيما سأل عنه الرسول صلى الله عليه وسلم أو بتشريع أحكام لابد من تشريعها لصياغة المجتمع الإسلامي وفق ما يريده الشارع له ولم تكن ثمة أحكام مفترضة بحسب الصورة التي أثرت عن الفقهاء في وقت لاحق .

خامسا : تقررت في هذا الدور أسس التشريع الاسلامي ومقاصده وأهدافه من خلال الأحكام التي وردت في القرآن والسنة كما تحددت مصادره وان كانت تلك الأسس والمصادر قد تم ضبطها بصورة منهجية – في عصر لاحق – الا أنها كانت موجودة بطريقة تعين المجتهد البصير باسرار التشريع على الوصول إلى الحكم في حال عدم وجود نص وفي تفسير النص الذي يحتاج إلى تفسير .

---

(١٠٢) النساء آية ١٥ .

- **أسس التشريع الاسلامي:**

تذكر أسس التشريع الاسلامي هنا وان كانت أسسا عامة لا تقتصر على دور بعينه لأنها تقررت في هذا الدور وهو دور الوحي ثم تمت بلورتها - بعد ذلك - بحسبانها سمات أساسية في التشريع الإسلامي وتلك الأسس هي :-

١) تحقيق مصالح الناس جميعا:

إن الشرائع كلها جاءت لتحقيق مصالح البشر ، وقد ختمت تلك الشرائع بديننا الاسلامي لذلك فان مراعاته لجانب المصالح هذا أكيدة لأنه الدين الذي اختاره الله للبشرية الى أن يرث الله الارض ومن عليها والأدلة على أن الشريعة الاسلامية جاءت لتحقيق مصالح البشر كثيرة منها :

أ - قوله تعالى مخاطبا الرسول صلى الله عليه وسلم : " وما أرسلناك الا رحمة للعالمين"[١٠٣] والدليل في هذه الآية على المقصود ان الله سبحانه وتعالى يخاطب رسوله بأنه بعثه بشريعة الاسلام رحمة للعالمين ورفقا بهم ، وسعيا في أسباب سعادتهم .

ب - قوله تعالى : " ورحمتي وسعت كل شيء"[١٠٤] وهذه الآية تدل على أن ظل رحمته - سبحانه - ممدود على كل شيء وأنها وسعت كل ما في الكون والأحكام التي أنزلها الله لعباده جزء من هذه الرحمة فلابد من أن تراعى فيها مصالحهم .

---

(١٠٣) الأنبياء آية ١٠٧ .

(١٠٤) الأعراف آية ١٥٦ .

ج - الحكم والعلل التي قرنت بها الأحكام الشرعية كالحكمة من تشريع الصلاة وأنها تنهى عن الفحشاء والمنكر : " إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر"، والحكمة من تشريع الصوم وكونه يفضي إلى التقوى : " يا أيها الذين أمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون "[١٠٥] والحكمة من تشريع القصاص : " ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب "[١٠٦] .

فكل هذه الحكم من هذه الأحكام فيها دلالة على أن الشريعة الاسلامية جاءت لتحقيق المصالح والا لما اعتنى الشارع ببيان الحكمة في كل حكم والفائدة التي يمكن أن تجنى منه ففي الصلاة مصلحة وفي الصوم مصلحة وفي تشريع القصاص مصلحة وهكذا . . .

ومما يدل على رعاية الشريعة الاسلامية للمصالح ملاحقتها لها النسخ ويعني في اصطلاح العلماء رفع حكم شرعي سابق بحكم لاحق ، وسبب النسخ رعاية مصلحة المكلفين ورفع الحكم الذي لا يناسبهم واحلال الحكم الذي يناسبهم محله . ومن صوره :

أ- ان عدة المتوفي عنها زوجها كانت في أول الأمر سنة يقول تعالى : "والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا إلى الحول غير اخراج "[١٠٧] ثم جاء قوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا "[١٠٨].

---

(١٠٥) البقرة آية ١٨٣ .

(١٠٦) البقرة آية ١٧٩ .

(١٠٧) البقرة آية ٢٤٠ .

(١٠٨) البقرة آية ٢٣٤ .

ب – كانت الوصية للوالدين والاقربين واجبة ثم نسخت بآية المواريث فقد جاء قوله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين " [109] .

ثم جاء قوله تعالى : " يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين [110] " وأعقب ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " .[111]

جـ – نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن زيارة القبور ثم أباحها بعد ذلك فقد جاء في الحديث " كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فانها تذكركم بالآخرة "[112] .

د – كانت القبلة أولا إلى بيت المقدس ثم نسخ الحكم فجعل الاتجاه إلى الكعبة .

٢- تحقيق العدالة :

الناس في نظر الشريعة سواسية لا تفاضل بينهم بسبب حسب أو نسب أو جنس أو نوع وانما فضيلتهم بحسب تقواهم وتدينهم هذه قاعدة وضعها التشريع الاسلامي وعلى أساسها كان البشر في نظره سواء – وفي هذا المعنى يقول الرسول

(١٠٩) البقرة آية ١٨٠ .

(١١٠) النساء آية : ١١ .

(١١١) رواه ابن ماجة عن أنس – الجامع الصغير ١ : ٢٦٩ .

(١١٢) حديث صحيح لابن ماجة عن ابن مسعود الجامع الصغير ٢ : ٢٩٧ .

صلى الله عليه وسلم عندما أرادت قريش أن تعفى شريفه من اقامة الحد عليها " إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها "[113] وفي هذا المعنى قول الله تعالى : " ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى "[114]" إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل "[115].

ومن التطبيقات العملية لعدالة حكام المسلمين وولاتهم - التي نشأت في ظل هذا الأساس الذي تقرر في دور الوحي - قول سيدنا ابي بكر الصديق رضي الله عنه في خطبته التي قالها عقب بيعته : " إلا أن أقواكم عندي الضعيف حتى آخذ الحق له ، وأضعفكم عندي القوي حتى آخذ الحق منه "[116] .

وقول عمر بن الخطاب عند مبايعته للخلافة بعد أبي بكر : " أيها الناس إني داع فأمنوا ، اللهم إني غليظ فليني لأهل طاعتك بموافقة الحق ، ابتغاء وجهك والدار الآخرة ، وأرزقني الغلظة والشدة على أعدائك وأهل الدعارة والنفاق من غير ظلم مني لهم ولا اعتداء عليهم "[117] .

وما أثر عنه من أنه قال : " متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم

---

(١١٣) الحديث سبق تخريجه .

(١١٤) المائدة : ٨ .

(١١٥) النساء آية ٥٨ .

(١١٦) تاريخ الطبري دار الفكر بيروت ١٩٧٩ ٣ : ٣٠٢ .

(١١٧) العقد الفريد ٤ : ١٥٦ تحقيق عبد المجيد الترجيني طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

أحرارا " مخاطبا بذلك عمرو بن العاص وقد جاءه مصري يشكو ابنه لانه ضربه من غير حق .

وقول سيدنا علي كرم الله وجهه لواليه على مصر مالك بن الحارث ابن الأشتر : " أملك هواك واشعر قلبك الرحمة للرعية والمحبة لهم واللطف بهم ، ولا تكونن عليهم سبعا ضاريا يغتنم اكلهم فانهم صنفان : " إما أخ لك في الدين أو نظير لك في الخلق فاعطهم من عفوك وصفحك مثل الذي تحب أن يعطيك الله من عفوه وصفحه وإياك ومساماة الله في عظمته والتشبه به في جبروته فإنه يذل كل جبار وانصف الناس من نفسك ومن خاصة أهلك ، ومن لك فيه هوى من رعيتك وليكن احب الأمور اليك أوسطها في الحق وأعمها في العدل ، وأجمعها لرضي الرعية ولا يكونن المحسن والمسيء عندك بمنزلة سواء " [١١٨] .

رفع الحرج :

ومن الأسس التي قام عليها التشريع الاسلامي رفع الحرج والحرج هو الضيق والمقصود برفع الحرج التيسير على العباد برفع كل ما يترتب عليه ايقاع الناس في عسر ومشقة ، والأدلة التي تشهد لهذا المبدأ كثيرة في القرآن مثل قوله تعالى :

" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " [١١٩] وقوله " ما يريد الله ليجعل

---

(١١٨) راجع رسالة سيدنا على للأشتر النخعي في " نهج البلاغة " ٣ : ٨٤ شرح الاستاذ الشيخ محمد عبده دار الهلال الوطنية للطباعة والنشر بيروت - لبنان .

(١١٩) البقرة آية ١٨٥ .

عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم " [١٢٠] وقوله " يريد الله ان يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا " [١٢١] .وقوله " ويضع عنهم أصرهم والأغلال التي كانت عليهم " وقوله صلى الله عليه وسلم " أحب الأديان الى الله الحنيفية السمحة " [١٢٢] " وقوله : " إن الدين يسر ولن يشاد الدين احد الا غلبه " [١٢٣] .

ومن مظاهر رفع الحرج في الشريعة ما ثبت من مشروعية الرخص كرخص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات عند الاضطرار فإن كل هذه الاحكام أساسها ومبعثها رفع الحرج عن المكلفين .

ومن مظاهر رفع الحرج في الشريعة أيضا قلة التكاليف فالتشريع الاسلامي لم يكثر من التكاليف بطريقة ترهق المكلفين ويدل على هذا المعنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدودا فلا تعتدوها وحرم اشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن اشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تسألوا عنها " .[١٢٤]

مصادر التشريع في هذا الدور:

ليس للتشريع في هذا الدور كما ذكرنا مصدر الا الوحي ، والوحي في اللغة الاعلام في خفاء وفي الاصطلاح هو : " اعلام الله لنبيه محمد صلى الله

---

(١٢٠) المائدة آية ٦ .

(١٢١) النساء آية ٢٨ .

(١٢٢) حديث صحيح أخرجه الإمام أحمد في مسنده والبخاري والطبراني . الجامع ١ : ٣٧ .

(١٢٣) حديث صحيح رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة . الجامع الصغير ١ : ٣٠١ .

(١٢٤) رواه الدارقطني وحسنه النووي .

عليه وسلم بحكم شرعي ونحوه " وهذا الوحي نوعان : وحي متلو وهو القرآن ووحي غير متلو هو السنة ، والوحي المتلو وهو القرآن هو الذي يتعبد بتلاوته ويصلي به ويثاب قارؤه .

وقد كان القرآن ينزل على الرسول صلى الله عليه وسلم منجما حسب الحوادث والظروف التي تستدعيه ، وقد كان للرسول صلى الله عليه وسلم كتاب يكتبون ما ينزل عليه منه ، وأشهرهم الخلفاء الأربعة أبوبكر وعمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب وزيد بن ثابت ومعاوية ابن ابي سفيان . والمغيرة بن شعبة والزبير بن العوام ، وخالد بن الوليد . .

أما السنة فلم تكن تكتب عن الرسول صلى الله عليه وسلم لنهيه عن ذلك وقوله " لا تكتبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحه ، وحدثوا عني ولا حرج ومن كذب على متعمدا فليتبوأ مقعده من النار "[١٢٥] وكان التشديد في ذلك في السنوات الثلاثة الأولى من البعثة ، كي لا يلتبس القرآن بالحديث في أذهان الناس ثم إنه سمح بكتابة الحديث فكتب عنه بعض الصحابة صحائف خاصة بهم كصحيفة عبد الله بن عمرو بن العاص التي سميت بالصادقة .

واذا كان مصدر التشريع في هذا العصر هو الوحي قرآنا وسنة فهل يعني هذا أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يجتهد وقد ثبت أنه اجتهد وأذن لاصحابه بالاجتهاد في عصره .

نجيب علي هذا فنقول إن الاجتهاد يعني في اللغة بذل الجهد وفي الاصطلاح

---

(١٢٥) الحديث رواه مسلم في الزهد .

بذل الفقيه جهده واستفراغه وسعه لتحصيل حكم شرعي كما ضبطه العلماء في عصر لاحق [١٢٦] .

والاجتهاد بهذا المعنى بالنسبة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم اختلف فيه العلماء إلى مذاهب : [١٢٧] .

أ- مذهب الجمهور أن الرسول صلى الله عليه وسلم مأمور بالاجتهاد مطلقا في الأحكام الشرعية والحروب والأمور الدينية من غير تقييد بانتظار الوحي . وهذا المذهب هو مذهب عامة الاصوليين ومالك والشافعي وأحمد وعامة أهل الحديث ، وقد استدلوا على ذلك :

- يقوله تعالى " فاعتبروا ياأولي الابصار " [١٢٨] وقوله " ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم) [١٢٩] وسواهما من الآيات الدالة على عموم الاستنباط والاعتبار واعطاء النظير حكم نظيره ، وهي آيات الخطاب فيها عام والكل فيها مأمور ، والرسول صلى الله عليه وسلم أحد الناس بصيرة ، وادقهم نظرا ، وأجلهم في ذلك كله فكان أول داخل في هذا العموم .

- قوله تعالى : " إنا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله " [١٣٠] والاستدلال بهذه الآية على جواز الاجتهاد للرسول صلى الله عليه وسلم

(١٢٦) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣ : ٢٠٤ .

(١٢٧) راجع التقرير والتحبير لابن أميرة حاج ٣ : ٢٩٦ والمستصفي ٢ - ٣٥٤ - ٣٥٧ وشرح العضد علي بن الحاجب ٢ : ٢٩١ - ٢٩٢ ومسلم الثبوت ٢ : ٣٦٦ - ٣٧٠ وارشاد الفحول ٢٥٥ . ٢٥٦ .

(١٢٨) الحشر : ٢ .

(١٢٩) النساء آية ٨٣ .

١٣٠- النساء آية ١٠٥ .

منقول عن ابي يوسف صاحب الامام ابي حنيفة وقد بين وجه الدلالة في الآية على مراد أبي يوسف أبو علي الفارسي فقال : إن الرؤية تقال للأبصار وللعلم وللرأي ، والرؤية التي للأبصار لا تتوجه هنا ، لانها أمر يتعلق بالمحسوسات والآية واردة في الأحكام وهي أمور معقولة لا محسوسة ومثلها التي للعلم لا تتوجه هنا لانها تحتاج إلى ثلاثة مفاعيل بعد دخول الهمزة عليها وليس هناك الا مفعولان فيتعين أن يكون المراد بما جعله الله لك رأيا .

- ان الاجتهاد يستدعي كلفة ومشقة ويترتب على ذلك زيادة في الثواب واجزال في الأجر ، لأن الشريعة ربطت زيادة الأجر بزيادة الجهد يقول عليه السلام : " ثوابك على قدر نصبك " وزيادة الأجر في الاجتهاد تقتضي الا يسقط عن الرسول صلى الله عليه وسلم لئلا يكون من هو دونه مختصا بفضيلة ليست له ، وأيضا فان الاجتهاد واظهار الحكم عن طريقه وما في ذلك من ملاحظة المعاني يجعل الرسول صلى الله عليه وسلم أولى به من غيره " لسلامة نظره وبعده عن الخطأ والاقرار عليه " وعدا ذلك فان في الاجتهاد فضيلة شحذ الذهن واعمال الفكر وهي فضيلة الشأن فيها ان لا تسقط عن الرسول صلى الله عليه وسلم وتثبت لغيره وهو الحائز لكل انواع الفضائل .

ب - مذهب الحنفية أن الرسول صلى الله عليه وسلم مأمور بالاجتهاد في الحوادث التي لا نص فيها بعد انتظار الوحي إلى خوف فوت الحادثة بلا حكم، واستدلوا على ذلك بأن عدم نزول الوحي عليه إلى خوف فوت الحادثة بعد الانتظار دليل الأذن بالاجتهاد .

ج - مذهب بعض المعتزلة والمتكلمين أنه ليس له الاجتهاد واستدلوا على ذلك بأدلة :

- قوله تعالى " وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى " [١٣١] والضمير في الآية - حسب توجيههم - يرجع إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ومادام أن الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينطق الا عن وحي فلا يجوز له الاجتهاد ، لان الاجتهاد غير وحي .

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الآية مختصة بالقرآن لانه رد لقولهم افتراه من عند نفسه .

- أنه لو جاز الاجتهاد للرسول صلى الله عليه وسلم لجازت مخالفته في اجتهاده لأن جواز المخالفة من لوازم أحكام الاجتهاد .

وقد نوقش هذا الاستدلال أيضا بأن المخالفة تلزم الاجتهاد إذا لم يقترن به قاطع كاجتهاد يعقبه اجماع فان اقترانه بالاجماع يخرجه عن ان تجوز مخالفته فكذلك اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم قد اقترن به قوله وهو قاطع .

- ان الرسول صلى الله عليه وسلم قادر على اليقين متمكن منه ، لأن الوحي ينزل عليه والقادر على اليقين يمتنع عليه الظن ، والاجتهاد ظن فلا يجوز له صلى الله عليه وسلم .

وقد نوقش هذا الاستدلال ايضا بأن الوحي غير مقدور له بل هو من مشيئة الله سبحانه وتعالى .

- هذا والراجح والثابت أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان مأذونا بالاجتهاد وأنه وقع منه في مواطن كثيرة من أحكام الشرع وأمور الحرب فمن ذلك :

---

(١٣١) النجم آية ٣ .

انه صلى الله عليه وسلم حكم في اسارى بدر بأخذ الفداء منهم وكان هذا الحكم مبنيا على الاجتهاد ولم يكن مستندا على الوحي والدليل على ذلك أن المولى عز وجل لم يرتضه ، ونزل الوحي مبينا خطأه في قوله تعالى " ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض " [١٣٢] .

وكان الرأي الذي حكم به هو رأي سيدنا ابي بكر الذي أشار به بعد استشارة النبي له ولغيره من الصحابة ، فقد روي الامام احمد في مسنده " أن النبي اشتشار ابا بكر وعليا وعمر - فيما يصنع بالأسرى - فقال ابو بكر يانبي الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والاخوان فأنا أرى أن تأخذ منهم الفداء فيكون ما اخذناه منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونوا لنا عضدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ترى يا ابن الخطاب ؟ قال قلت والله ما أرى ما رأي ابو بكر ولكني أرى أن تمكنني من فلان قريب لعمر فأضرب عنقه وتمكن عليا من عقيل فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليس في قلوبنا هوادة للمشركين هؤلاء صناديدهم وائمتهم وقادتهم . فهوى رسول الله ما قال ابو بكر ولم يهو ما قلت [١٣٣] .

انه صلى الله عليه وسلم اجتهد وأذن لجماعة من المنافقين أن يتخلفوا عن غزوة " تبوك " بناء على اجتهاده وقد عاتبه القرآن على ذلك ، إذ نزل في هذا الشأن قوله تعالى " عفا الله عنك لم أذنت لهم " [١٣٤] .

---

(١٣٢) الأنفال آية ٦٧ .

(١٣٣) مسند الامام أحمد ١ : ٢٠٨ .

(١٣٤) التوبة آية ٤٣ والحديث رواه البخاري بسنده إلى عبد الله بن كعب بن مالك راجع البخاري مع عمدة القاري ١٨ : ٤٨ .

أنه صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع " لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدى " أي لو علمت أولا ما علمت آخرا من الحرج الذي يصاحب سوق الهدى لما سقته فدل ذلك على أن سوقه الهدى أولا كان عن اجتهاد [١٣٥] .

- هذا واجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم في عصره ذلك لا يعتبر اجتهادا كالاجتهاد في العصور التالية ، وانما هو سنة لانه مرقوب بالوحي وملاحظ به ، فان كان خطأ رده إلى الصواب وان سكت عنه كان ذلك امضاء له ، كما أن اجتهاده صلى الله عليه وسلم لا يتنافى مع مبدأ ثبوت العصمة له فعصمته ثابتة لأن الوحي لا يقره على خطأ كما ذكرنا ومن هنا فان ثبوت الاجتهاد له لا يتنافى مع مبدأ العصمة .

- هذا وكما اجتهد الرسول صلى الله عليه وسلم اجتهد الصحابة في عصره سواء كانوا غائبين عنه أم كانوا حاضرين على الراجح ، تدل على ذلك كثير من الأحاديث :

- حديث معاذ بن جبل أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال له كيف تصنع إن عرض له قضاء ؟ قال اقضي بما في كتاب الله . قال فان لم يكن في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله قال فان لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال اجتهد رأيي لا آلو . فضرب الرسول صلى الله عليه وسلم على صدره وقال

---

(١٣٥) راجع مسلم الثبوت ٢ : ٣٤٨ والحديث رواه البخاري بسنده الى السيدة عائشة عمدة القاري ٢٥ : ٣ .

الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله ."[136] .

- انه صلى الله عليه وسلم قال لعمرو بن العاص في بعض القضايا احكم قال : اجتهد وانت حاضر ؟ قال : نعم إن اصبت فلك اجرانُ وان اخطأت فلك أجر ."[137] .

- ما روى انه جاءه صلى الله عليه وسلم خصمان فقال قم ياعقبة اقض بينهما فقال بأبي وأمي يارسول الله أنت أولى بذلك ، قال وان كان اقض بينهما قلت على ماذا ؟ قال اجتهد فان اصبت فلك عشر حسنات وان اجتهدت واخطأت فلك أجر واحد ."[138]

- ما رواه الامام مالك في الموطأ عن يحي بن سعيد عن النعمان بن مروة " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه ما ترن في الشارب والسارق والزاني قال وذلك قبل أن ينزل فيهم ، فقالوا الله ورسوله أعلم قال " هن فواحش فيهن عقوبة واسوأ السرقة الذي يسرق صلاته قالوا وكيف يسرق صلاته يارسول الله؟ قال لا يتم ركوعها ولا سجودها " وهذا الحديث فيه دليل على جواز الحكم بالاجتهاد من الصحابة في حضوره . يقول الباجي " وسؤاله صلى الله عليه وسلم أصحابه عن حكم الشارب والسارق والزاني قبل ان ينزل فيهم صريح في جواز الحكم بالرأي "[139]

- ما أخرجه البخاري عن جبير بن مطعم ان امرأة أتت النبي صلى الله

(١٣٦) حديث معاذ أخرجه أبو داود في الأقضية ٢ : ٧٢ .

(١٣٧) الحديث في سنن أبي داود في الأقضية .

(١٣٨) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٤ : ١٩٥ .

(١٣٩) المنتقى للباجي ١ : ٢٩٨ والموطأ بشرح السيوطي ١ : ٣٩ ، ١٤٠ .

عليه وسلم فكلمته بشيء فأمرها بأمر فقالت أرأيت يارسول الله إن لم أجدك قال فان لم تجديني فأت أبا بكر " والحديث صريح في جواز الرجوع الى سيدنا أبي بكر ليجتهد في بعض المسائل في زمن النبي صلى الله عليه وسلم "[140] .

- ما روى أن عمر وعمار بن ياسر كانا في سفر وحضرتهما الصلاة وهما مجنبان ولم يكونا يدريان الحكم فتوقف سيدنا عمر ولم يصل - أما عمار فاجتهد " وتمعك " في التراب وصلى ، قياسا للطهارة الترابية ، على المائية وحين أتيا النبي صلى الله عليه وسلم بين لعمار فساد قياسه وقال له يكفيك أن تفعل هكذا وبين له كيفية التيمم "[141].

- ما روى أن عمرو بن العاص لما بعث في غزوة ذات السلاسل احتلم في ليلة باردة ولما حان وقت صلاة الصبح اجتهد وتيمم وصلى فلما قدموا على النبي (ص) خبره عمرو بما فعل فضحك ولم يقل شيئا "[142] .

- أن رجلين خرجا في سفر فحضرتهما الصلاة وليس معهما ماء فتيمما وصليا ثم وجدا الماء في الوقت فاجتهد احدهما واعاد الوضوء والصلاة واجتهد الآخر ولم يعد وحينما جاءا النبي صلى الله عليه وسلم سدد فعل كل منهما "[143].

- واجتهاد الصحابة في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ملاحظ من قبله

---

(١٤٠) البخاري مع عمدة القاري ٢٥ : ٧٣ .

(١٤١) الحديث في البخاري (راجع صحيح البخاري مع عمدة القاري ٤ : ١٧ راجع الانصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي ٢٦ .

(١٤٢) نيل الأوطار ١ : ٣٢٤ .

(١٤٣) نيل الأوطار ١ : ٣٣٥ واعلام الموقعين ١ : ٢٠٤ .

صلى الله عليه وسلم كما تنطق بذلك الاحاديث السابقة فان اصابوا أقرهم وان اخطأوا ردهم إلى الصواب واجتهاده هو كما بينا قبل هذا ملاحظ برعاية الوحي - وهكذا يرد الامر كله في هذا العصر إلى الوحي .

- واذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد اجتهد والصحابة كذلك في عصره وكان اجتهاده في ذلك العصر الذي لم تزل فيه الرسالة تنزل ، والوحي فيه مستمر فان هذا الاجتهاد له قيمة كبيرة إذا نظرنا اليه من زاوية انه تدريب للمسلمين على الاجتهاد وفتح لطريقه امامهم لكي يعالجوا المشاكل التي تطرأ في حياتهم في ضوء الهدى الالهي لا سيما وأن الشريعة الاسلامية هي خاتمة الشرائع وأنها عامة للناس جميعهم مهما اختلفت اجناسهم وطبائعهم وتنوعت أعرافهم وعاداتهم وأنها خالدة ما بقيت الدنيا وعمرت بأهلها وأن قواعد الدين ونصوصه جاءت كلية لم تعرض للتفاصيل الا فيما كانت طبيعته تستلزم ذلك . وما كان لها أن تفعل فالحوادث متجددة ومتكاثرة لا تقف عند حد فكل زمن يحدث لأهله من الوقائع ما لم يكن يعرفه أهل الزمان السابق .

هذا ولعل من الجدير بالتنبيه إليه هنا ونحن نختم الحديث عن هذا الدور أن الفقه بالمعنى الاصطلاحي لم يظهر فيه لأن شروح الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته للأحكام في عصره كانت داخلة في اطار السنة ولم تكن فهما مستقلا عن الوحي الذي يمثل طبيعة هذا الدور في كل ما صدر عنه من مبادىء أو أحكام تفصيلية والله أعلم بالصواب .

الفصـــل الثانـــي

" دور الإجتهاد "

تقديم:

يبدأ دور الإجتهاد عقب انتهاء الوحي بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ بوفاته انقطع الوحي - قراناً وسنة - لكن انقطاع الوحي لم يكن كما رأينا من خلال دراستنا لدوره إلا بعد توفر أمرين أساسيين :

أولهما : تمام التشريع بتفاصيله في الشئون التي لاتختلف باختلاف الزمان والمكان والتي لايمكن معرفتها إلا من جهته كالعبادات والمقدرات في الحدود والكفارات وأحكام الأسرة، وقواعد المعاملات وأصول المعايير الخلقية الثابتة كقيم العدل والحرية والمساواة والكرامة الانسانية وغيرها .

والنصوص التي جاءت في هذا الإطار أطلق عليها العلماء - لاحقاً - النصوص القطعية الدلالة أي النصوص التي لامجال فيها للاجتهاد .

ثانيهما : بيان الأصول والمصادر التي يرجع إليها في معرفة حكم المسائل التي قد يختلف أمرها بين زمن وآخر ومن بين تلك المصادر " الاجتهاد " مع التطبيق العملي لذلك الاجتهاد في دور الوحي نفسه لتدريب الصحابة عليه كما رأينا ذلك بوضوح من خلال دراستنا لدور الوحي .

من هنا فقد كان الدور الذي تلى دور الوحي هو دور الاجتهاد ، لأن الاجتهاد قد بدأ فيه على يد الصحابة - رضوان الله عليهم - وإن كان اجتهاد الصحابة قد يحتل مركزاً خاصاً يتميز به عن الاجتهادات التي طرأت في العصور اللاحقة، ولهذا كان محل خلاف بين العلماء من جهة

اعتباره من باب السوابق الملزمة لمن جاء بعدهم أو عدم اعتباره وهو مبحث - على كل حال - مكانه علم آخر هو علم " أصول الفقه " .

وبنشوء الاجتهاد على يد الصحابة نشأ " الفقه " وهو علم استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - وكان الصحابة الذين يتولونه يسمون بالقراء لحفظهم للقرآن ومعرفتهم بناسخه ومنسوخه ودلالالته بما تلقوه عن النبي صلي الله عليه وسلم .

وفي هذا المعنى يقول ابن خلدون : " الفقه معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة وهي متلقاة من الكتاب والسنة، ومانصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه " ثم يشير إلى أن هذا العمل - تولاه - علماء الأمة من بين الصحابة والتابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين وكانوافي فجر الإسلام يسمون بالقراء[١٤٤] .

وبما أن دور الاجتهاد هذا دور طويل وممتد فإن طبيعته هذه اقتضت تقسيمه إلى ثلاثة مباحث :

١ - المبحث الأول عن " التشريع في عصر الصحابة .

٢ - المبحث الثاني عن " التشريع في عصر التابعين .

٣ - المبحث الثالث عن " التشريع في عصر الأئمة المجتهدين .

---

(١٤٤) مقدمة ابن خلدون ١: ٤٤٦ منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت لبنان.

المبحث الأول
" التشريع في عصر الصحابة "

يبدأ عصر الصحابة - رضوان الله عليهم - سنة ١١ ويمتد إلى سنة ٤٠ هـ . ويعرف الصحابي عند الأصوليين - بأنه من طالت صحبته للنبي صلى الله عليه وسلم وكثرت مجالسته له مع التتبع والأخذ عنه (١٤٥).

والمؤهل للصحابة لكي يتولوا أمر التشريع من بعده إعداد الرسول صلى الله عليه وسلم لهم بتدريبهم على الإجتهاد وحثهم عليه حتى في حضوره كما سلفت الإشارة إلى ذلك أكثر من مرة (١٤٦)، بالإضافة إلى ماعرف عنهم من فضل وعلم وتقوى شهدت بها أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم كقوله " إن خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم " (١٤٧) وقوله : " لاتسبوا أصحابي لاتسبوا أصحابي فوالذي نفسي بيده لو أن أحدكم أنفق مثل أحد ذهباً ما أدرك مد أحدهم ولانصيفه" (١٤٨).

---

(١٤٥) يختلف المحدثون والأصوليون في المراد بالصحابي فيرى المحدثون أنه كل من لقى النبي صلى الله عليه وسلم مؤمناً به ومات على الإسلام ولايشترطون في ذلك طول الصحبة والرواية ، انظر مسلم الثبوت٢ : ١٥٨ والأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢ : ١٣٠، ١٣٣ والمستصفى ١: ١٠ دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان . وأسد الغابة في معرفة الصحابة ١ :١١، ١٢ والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ، ٥ طبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(١٤٦) انظر ص٨٥ و ص٨٦ من هذا الكتاب .

(١٤٧) الحديث رواه مسلم .

(١٤٨) الحديث رواه أبو داود والترمذي وغيرهم . راجع موسوعة أطراف الحديث النبوي للشيخ الشريف طاهر محمد السعيد بن بسيوني زغلول . ٧: ١٢٤ طبعة عالم التراث للطباعة والنشر .

بالإضافة إلى ماتميزوا به من مميزات أخرى كثيرة منها :

أ - معرفتهم بأسباب نزول الآيات على الرسول صلى الله عليه وسلم ومعرفتهم الناسخ والمنسوخ وكذلك إلمامهم بالأحاديث النبوية .

ب - معرفتهم بتفسير الرسول صلى الله عليه وسلم للنصوص فبعض الآيات فسرها الرسول وكانوا على مقربة منه فأدركوا تفسيره إدراكاً تاماً .

جـ - معرفتهم بعلل الأحكام ومرامي النصوص وتشربهم بحكمة التشريع واستبطانهم لروحه .

د - درايتهم باللغة العربية التي نزل بها القرآن ، وهذه الدراية مكنتهم من فهم نصوص القرآن فهماً جيداً يسمح لهم باستنباط الأحكام .

هـ - حفظهم لآيات القرآن وحفظهم للأحاديث التي سمعها كل منهم من الرسول صلى الله عليه وسلم كل ذلك جعل مايمكن أن يعتمدوا عليه حاضراً في أذهانهم قريباً من متناولهم إذا شاءوا الإفتاء في مسألة من المسائل .

هذا ومن البديهي أن نقرر هنا أن الصحابة مع معرفتهم السابقة بكل ماذكر إلا أنهم لم يكونوا على درجة واحدة فهم متفاوتون في معرفتهم للقرآن والسنة، ومتفاوتون في معرفتهم باللغة كما أنهم - قبل ذلك كله - متفاوتون في المقدرات الطبيعية والذهنية لكل منهم، وهذا أمر سوف نزيده أيضاحاً ونحن نتحدث عن أسباب اختلافهم .

هذا وقد واجه الصحابة بعد توليهم للفتيا أحداثاً لم تكن موجودة من ذي قبل، ذلك أن عصرهم كان عصر اتساع لرقعة الدولة الاسلامية ففيه تم فتح كثير من البلاد ، كالشام والعراق ومصر وفارس وغيرها من البلدان التي حباها الله بنور الاسلام وعدله.

وقد فرضت هذه الفتوحات الكثيرة على الصحابة أن يواجهوها بحركة تشريعية تتابع خطوها وتواكب سيرها، ذلك أن الفتح الاسلامي لم يكن غزواً يقصد منه السلب والنهب وإنما كان فتحاً انسانياً رفيقاً، الهدف منه نشر تعاليم الدين الاسلامي الحنيف، ومن أوضح المبادىء التي جاء بها هذا الدين مبادؤه التشريعية التي تتسق مع ماجاء به من تنظيم للعقيدة والأخلاق .

وفرضت عليهم بشكل أخص أن يواجهوها باجتهادهم خاصة وأن نصوص القرآن والسنة لم تعالج المسائل الجزئية في كل الأحوال وإنما وضعت الأسس الكلية والقواعد العامة وبينت أن المرجع إن لم يكن ثمة نص هو الإجتهاد بالرأي في حدود المقاصد التي هدفت إليها الشريعة كما سلفت الإشارة إلى ذلك ونحن نتحدث عن دور الوحي .

من هنا ظهر الاجتهاد بالرأي كمصدر مستقل للتشريع، والاجتهاد كمصدر مستقل لم يكن له وجود في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم لأن اجتهاده واجتهاد الصحابة في عصره كان سنة ، ومن طبيعة استخدام الاجتهاد أن يتبعه اختلاف وهذا هو الذي حدث في هذا العصر ولم يكن له وجود في عصر الرسول أيضاً ، وكما اجتهد الصحابة في هذا العصر واختلفوا فقد اجتهدوا واتفقوا والاتفاق هو الإجماع وهكذا ظهر الإجماع في هذا الدور ولم يكن له وجود في عصر النبي صلى الله عليه وسلم .

مصادر التشريع في عصر الصحابة :

كان الصحابة – رضوان الله عليهم – إذا وردت عليهم المسألة يلتمسون حكمها في القرآن فإن لم يجدوا الحكم فيه لجأوا إلى السنة، فإن لم يجدوا الحكم فيها لجأوا

إلى الاجتهاد بالرأي.

وكان الاجتهاد بالرأي في زمن سيدنا أبي بكر وعمر بن الخطاب اجتهاداً جماعياً في شكل شورى فكان الخليفة إذا وردت عليه المسألة دعا أولي الرأي والفقه وعرضها عليهم وتناقشوا فيها فإذا اتفقت آراؤهم على أمر قضى به، روي البغوي عن ميمون بن مهران قال : كان أبو بكر – رضي الله عنه – إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه مايقضي به قضى به ، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين : أتاني كذا وكذا ، فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك بقضاء ، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاء فإن أعياه أن يجد سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به [١٤٩] .

وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان لأبي بكر قضاء ؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء وإلا دعا رؤوس الناس، فإذا اجتمعوا على أمر قضى به [١٥٠]، وكان غيرهم أيضاً يرجع إلى قضائهم قبل لجوئه إلى رأيه أثر أن عبدالله بن عباس كان إذا سئل عن شيء فإن كان في كتاب الله قال به ، وإن لم يكن في كتاب الله وكان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال به ، وإن لم يكن في كتاب الله ولا عن رسول الله وكان عن أبي بكر وعمر قال به، فإن لم يكن في كتاب الله ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن أبي بكر

---

(١٤٩) الفكر السامي ١ : ١٠ وراجع أعلام الموقعين ١ : ٦٢ .

(١٥٠) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري : ٨٨ وأعلام الموقعين ١ : ٦٢ .

ولا عن عمر اجتهد رأيه [151].

وروى عن ابن مسعود أنه قال من عرض له قضاء فليقض بما في كتاب الله فإن جاءه ماليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاءه أمر في ليس كتاب الله ولم يقض به نبيه صلى الله عليه وسلم ولم يقض به الصالحون فليجتهد رأيه [152].

ومن هنا يتضح لنا أن مصادر الأحكام عندهم كانت هي :

أولاً : القرآن.

ثانياً : السنة .

ثالثاً : الاجتهاد بالرأى وأول مايلجأون إليه في الاجتهاد بالرأي الحوار والنقاش للوصول للحكم عن طريق الإجماع فإن لم يتيسر ذلك كان الاعتماد على الرأي الفردي .

هذا والرأي عندهم كان يطلق على كل الاجتهادات في المسائل غير المنصوص على حكمها فالرأي عندهم يشمل القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع وغير ذلك مما تم التواضع عليه من مصطلحات ظهرت في عصر لاحق . وكانوا يصلون للحكم عن طريقه من غير استخدام ضوابط منطقية أو آلات معينة بل ماتطمئن نفوسهم كانوا يركنون إليه يقول ابن القيم عن الرأي عندهم " أنه كل مايراه

---

(١٥١) جامع بيان العلم وفضله ٢ : ٥٧ ، ٥٨ دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

(١٥٢) المرجع السابق ٢ : ٥٧ .

القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات[١٥٣] .

ومما يدخل في اجتهاد الصحابة بالرأي تعليل الأحكام فقد كانوا يفهموم علل الأحكام الشرعية والغرض الذي شرعت من أجله ، وقد مكنتهم من ذلك معرفتهم بأسرار التشريع التي اكتسبوها من صحبتهم للرسول صلى الله عليه وسلم وركزتها في نفوسهم نظرتهم إلى الشريعة في مجموعها وملاحظة مبادئها العامة، ومن المسائل التي أفتوا فيها بناء على هذا المعنى :

أ - سهم المؤلفة قلوبهم :

نص القرآن على إعطاء المؤلفة قلوبهم سهماً في الزكاة وذلك في قوله تعالي " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم "[١٥٤] ، والمؤلفة قلوبهم هم من تؤلف قلوبهم للدخول في الإسلام وإعطاؤهم من الزكاة يكون لهذا السبب أو لتقوية إيمانهم إن كانوا ضعيفي الإيمان .

وقد رأى عمر في زمنه أن الإسلام قد عز فلم يعد في حاجة إلى التأليف لهذا لم يعط شيئاً من الزكاة لمن كانوا يسمون بالمؤلفة قلوبهم، وهذا الإجراء من سيدنا عمر لايعني الغاء النص أو نسخه لكنه تطبيق دقيق له لأن معنى قوله تعالى " والمؤلفة قلوبهم " والذين تتألفون قلوبهم فمناط استحقاقهم للصدقة تألف المسلمين

---

(١٥٣) أعلام الموقعين لابن القيم ١ : ٦٦ طبعة دار الفكر بيروت - تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد .

(١٥٤) التوبة : ٩٠ .

لقلوبهم فإذا لم يوجد التألف لا يوجد الاستحقاق [155] .

ب - إيقاف حد السرقة :

ورد النص في القرآن الكريم بقطع يد السارق وذلك في قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " [156] وقد عرضت حالات سرقة على سيدنا عمر في عام المجاعة فلم يقم الحد، وكذلك أوقف تطبيقه على غلمان حاطب بن أبي بلتعة حين سرقوا ناقة لرجل من مزينة ومأخذ حكم سيدنا عمر إدراك علة الحكم وفهمه لحكمته وشروطه ، فالسرقة في حد ذاتها جريمة شنيعة لأنها اعتداء على المال لكن هذه الجريمة تستلزم تحقق شروط كثيرة منها انتفاء الضرورة " لأن الضرورات تبيح المحظورات " والناس في عام المجاعة كانوا في حال ضيق شديد بسبب المجاعة فهم في حال ضرورة فلا يقام عليهم الحد، وكذلك غلمان حاطب فقد نقل أن سيدهم إجاعهم فألجأهم بتصرفه هذا إلى السرقة يدل على ذلك أن سيدنا عمر خاطب سيدهم بقوله : " والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ماحرم الله حلّ له لقطعت أيديهم " [157] وهذا الاتجاه من سيدنا عمر يدل على فهمه العميق لعلة الحكم وشروط تطبيقه ، ولا يعتبر اجتهاده ذلك خارجاً عن حدود النص بل هو درء للحد بالشبهة بمقتضى حديث الرسول صلى اله عليه وسلم " ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم " وانتشار المجاعة ضرورة وشبهة - بلا شك - .

---

(١٥٥) راجع أحكام القرآن للجصاص ٣: ١٢٤ طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان . " وضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية " للاستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ص ١٤٣ الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ . ١٩٦٧ م .

(١٥٦) المائدة آية ٣٨ .

(١٥٧) راجع كتاب الفاروق عمر للأستاذ محمد حسين هيكل ص ٢٩٣ .

وهكذا كان الصحابة - رضوان الله عليهم - يتفهمون علل الأحكام ويعون أسرارها ويدركون أبعادها .

ومما يدخل في اجتهادهم بالرأي أيضاً تفسيرهم للنصوص مثل تفسير سيدنا أبي بكر للكلالة بأنهم ماعدا الوالد والولد وقولهم بالعول في الفرائض عند تزاحم أصحاب الفروض، ورأيهم في الحامل والمرضع إذا خافتا على ولديهما أفطرتا وقضتا وأطعمتا لكل يوم ستين مسكيناً وغير ذلك كثير.

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم " فصل النوع الثاني من الرأي المحمود الرأي الذي يفسر النصوص وبين وجه الدلالة منها ويسهل طريق الاستنباط منها " إلى أن يقول : " ومثل هذا رأى الصحابة في القول في الفرائض عند تزاحم أصحاب الفروض ورأيهم في مسألة زوج وأبوين وامرأة وأبوين أن للأم ثلث مابقى بعد فرض أحد الزوجين ورأيهم في توريث المبتوتة في مرض الموت، ثم يذكر مسائل كثيرة وردت عن الصحابة وهم يستخدمون هذا الضرب من الرأي والاجتهاد [١٥٨] .

تقدير الصحابة لأراء بعضهم :

وقد كان الصحابة وهم يستخدمون الرأي يقدر بعضهم آراء بعض وما كان أحد منهم يدعي أن ماانتهى إليه من رأى هو الصواب وإن رأى سواه خطأ، بل كانوا يسندون الصواب في آرائهم إلى الله والخطأ إلى أنفسهم وإلى الشيطان فقد أثر أن سيدنا عمر أراد كاتبه أن يكتب هذا مارأى الله ورأى عمر فقال له عمر بن الخطاب:

---

(١٥٨) أعلام الموقعين لابن القيم ١ : ٨٢ طبعة دار الفكر بلبنان تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.

بئسما قلت قل هذا رأى عمر فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمن عمر [١٥٩]

وروى عن عبدالله بن مسعود قوله : هذا رأيى فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريء [١٦٠] "

كما أنهم لم يكونوا أيضاً يلزمون غيرهم بآرائهم الاجتهادية فلكل واحد منهم رأيه واجتهاده روى أن عمر بن الخطاب لقي رجلاً فقال ماصنعت ؟ قال قضى علي وزيد بكذا ، قال لو كنت أنا لقضيت بكذا، فقال مايمنعك والأمر إليك؟ فقال لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه لفعلت ولكني أردك إلى رأي والرأي مشترك [١٦١]" فلم ينقض ماقاله علي وزيد .

الإكثار من الرأي عند الصحابة :

هذا والصحابة في استخدامهم للرأي لم يكونوا على درجة واحدة فمنهم من كان يكثر من الإفتاء به، ومنهم من كان يقل من الفتوى به [١٦٢] ، والإختلاف في ذلك يرجع إلى اختلافهم في الإكثار من الفتيا من حيث هي والإقلال منها فالمكثرون من الفتوى ومعالجة الحوادث كانوا يكثرون من استعمال الرأي ليواجهوا بالافتاء كثيراً من المسائل التي لانص فيها ، والمقلون كانوا يتحرجون عن الفتوى به كما

---

(١٥٩) أعلام الموقعين لابن القيم ١:٥٤ وانظر نشأة الفقه الاجتهادي وأطواره للشيخ محمد على السايس ص ٤٠.

(١٦٠) مسند الإمام أحمد ٤:٢٧٩ وجامع بيان العلم وفضله ٢: ٨٤ وأعلام الموقعين ١:٥٧.

(١٦١) جامع بيان العلم ٢ : ٥٧ وأعلام الموقعين ١: ٦٥ .

(١٦٢) راجع في المكثرين من الفتيا والمتوسطين والمقلين :الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥:٦٦٦.ووأعلام الموقعين لابن القيم ١:٩١٢:٠:٦. والإمام أحمد بن حنبل للشيخ محمد أبوزهرة ص ٢٢٤ طبعة دار الفكر العربي .

كانوا يتحرجون عن الفتوى بوجه عام روي عن عبدالله بن المبارك قوله : " أدركت عشرين ومائة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا "[١٦٣] .

ويرجع من ناحية أخرى إلى أن بعض المكثرين من الفتيا وإن أكثروا منها في تطبيق النصوص على الحوادث كانوا يتحرجون عن الفتوى فيما لانص فيه تورعاً من القول في دين الله بلا كتاب أو سنة أو خشية أن يكون فيما يفتون فيه برأيهم سنة غائبة عنهم، والسنة يومئذ كانت محفوظة في الصدور، واختلاف الصحابة في تحصيل كل منهم قدراً منها شائع معروف .

ومع ماسبق من الأسباب في إكثار من أكثر وإقلال من أقل فهناك سبب آخر في الإكثار والإقلال من الرأي هو طبيعة الفقيه نفسه ومافطر عليه من نمط في التفكير فبعض الصحابة طبيعته الإقدام وهذا يكثر من الرأي، وبعضهم يغلب على طبيعته الاحجام وهذا يكون أميل إلى الإقلال من الرأي .

وقد وجدت هاتان النزعتان - نزعة الإكثار والإقلال - منذ زمن الرسول صلى الله عليه وسلم لأنهما تقومان على فطرة الفقيه وماجبل عليه يدل على ذلك المثال الآتي روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالتوجه إلى بني قريظة وأمرهم أن يصلوا العصر فيه ولما حان وقت العصرصلى بعضهم في الطريق وقالوا ماأراد الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله إلا السرعة في السير وماأراد منا تأخير الصلاة عن وقتها، وفريق آخر لم يصل العصر في الطريق بل أخرها إلى حين وصوله

---

(١٦٣) أعلام الموقعين ١ : ٣٤ .

إلى بني قريظة تمسكاً بظاهر جديث الرسول صلي الله عليه وسلم [١٦٤] .

نماذج من اجتهادات الصحابة واختلافاتهم :

أ - امتنع بعض المسلمين في خلافة سيدنا أبي بكر عن أداء الزكاة زاعمين أنها كانت تدفع للرسول فقط وأنهم ليسوا بملزمين بدفعها لخليفته ، فلجأ سيدنا أبو بكر للاستشارة فكان رأي عمر عدم مقاتلتهم لأن الرسول قال : " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها " فقال أبوبكر - وكان يرى قتالهم - ألم يقل إلا بحقها ؟ فمن حقها إيتاء الزكاة كما أن من حقها إقامة الصلاة ثم قال : والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عقالاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله لقاتلتهم على منعه فوافقه عمر وقال : ماهو إلا أن شرح الله صدر أبي بكر فعرفت أنه الحق.

ب - روي أن سيدنا عمر رفعت إليه قضية قتيل اشترك في قتله أكثر من فرد أيقتل الجماعة بالواحد مع أن الله يقول " النفس بالنفس " ؟ فقال له علي بن أبي طالب : أرأيت لو أن نفراً اشتركوا في سرقة جزور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم ؟ قال نعم . فقال فكذلك فأخذ عمر برأي علي - وقال: لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم به [١٦٥].

جـ - اختلف الصحابة في ميراث الجد مع الأخوة لأنه لم يرد فيه نص فذهب أبو بكر وابن عباس إلى أن الجد يأخذ حكم الأب فيحجب الأخوة من الميراث ولايرثون معه، وذهب زيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب إلى أنه لايأخذ حكم

---

(١٦٤) أعلام الموقعين لابن القيم ١ : ٢٠٣ .
(١٦٥) أعلام الموقعين : ١ : ٢١٣ .

الأب وإنما يشترك مع الإخوة في الميراث كواحد منهم.

د - لما فتح المسلمون العراق والشام اختلف الصحابة فيما يتخذ بشأن أراضيها فرأى عبدالرحمن بن عوف وعمار بن ياسر أن توزع الأرض كما توزع الغنائم خمسها يصرف لمن ذكروا في القرآن ، وأربعة أخماسها تقسم على المجاهدين - ورأى عمر ابن الخطاب وغالبية الصحابة أنها لاتقسم كما تقسم الغنائم بل توقف على المسلمين وتترك بيد أصحابها أهل البلاد المفتوحة يوزعونها ويؤخذ منها الخراج فينتفع بذلك الفاتحون ومن يأتي بعدهم عوضاً عن أن توزع عليه بعينها ؛ وفي ذلك مراعاة للمصلحة العامة للمسلمين وتقديمها على المصلحة الخاصة للفاتحين .

هـ - اختلف الصحابة في ضوال الإبل فكان عمر - رضي الله عنه - يمنع من التقاطها بل تترك مرسلة تناتج لايمسها أحد؛ وذلك لنهيه صلى الله علي وسلم عن ذلك في قوله لمن سأل عن ضالة الإبل : مالك ومالها؟ إن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها " .

فلما كانت خلافة سيدنا عثمان قضي بجواز التقاطها وتعريفها ثم تباع فإن جاء صاحبها أخذها؛ وذلك لأن سلطان الدين قد ضعف في النفوس وصار السراق لايتورعون عن مد أيديهم إلى ضوال الإبل فرأى أن المصلحة في التقاطها لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك في وقت لم تكن أيدي الناس تمتد إليها لقوة سلطان الدين على النفوس وغلبة الأمانة عليها [١٦٦].

ماسبق إيراده صور من اجتهادات الصحابة وإعمالهم لرأيهم واختلافاتهم أحياناً

(١٦٦) الفكر السامي ١:٢٤٤ .

تكشف عن تفكيرهم التشريعي ومدى دقتهم في تناول الأمور ومعالجتها مما حفظ للتشريع الاسلامي كيانه وهو يمر بتلك المرحلة الدقيقة المرحلة الأولى من مراحله بعد غياب الوحي بانتقال الرسول صلى الله عليه وسلم للرفيق الأعلى وقد كان قبلتهم ومفزعهم في كل شيء .

ولا شك أن المهمة التي كانت ملقاة على عاتق الصحابة في ذلك كانت مهمة عسيرة يدل على ذلك أن سيدنا عمر قال - لما أشكلت عليه الكلالة - ثلاث لأن يكون بينهن الرسول صلى الله عليه وسلم أحب إلينا من الدنيا ومافيها الكلالة والخلافة والربا [١٦٧].

ولثقل المهمة الملقاة على عاتقهم كانوا يتحرزون جداً في إعطاء رأى في مسألة من المسائل روي أن رجلاً دخل على سيدنا عمر فقال يا أمير المؤمنين هذا زيد بن ثابت يفتي الناس برأيه في الغسل من الجنابة فقال عمر عليَّ به ، فجاء زيد فقال أي عدو نفسه بلغني أنك تفتي الناس برأيك فقال والله مافعلت ولكن سمعت من أعمامي حديثاً فحدثت به من أبي أيوب ومن أبي بن كعب ومن رفاعة بن رافع فقال عمر عليَّ برفاعة، فقال قد كنتم تفعلون ذلك إذا أصاب أحدكم المرأة فأكسل أن يغتسل، قال قد كنا نفعل ذلك على عهد رسول الله لم يأتنا فيه عن الله بتحريم، ولم يكن فيه عن رسول الله شيء، فقال عمر ورسول الله يعلم ذلك، قال ماأدري فأمر عمر بجمع المهاجرين والأنصار فجمعوا وشاورهم، فشار الناس الاغسل، إلا ما كان من علي ومعاذ، فإنهما قالا إذا جاوز الختان الختان وجب الغسل، فقال عمر : هذا وأنتم أصحاب بدر قد اختلفتم فمن بعدكم أشد اختلافاً، فقال علي : ياأمير

(١٦٧) المبسوط ٢٩ : ١٥١ طبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بباكستان ١٥٢ وسنن النسائي ٢: ٦٦٤ .

المؤمنين أنه ليس أحد أعلم بهذا من شأن رسول الله من أزواجه، فأرسل إلى حفصة فقالت لاعلم لي ، فأرسل إلى عائشة فقالت : إذا جاوز الختان الختان فقد وجب الغسل ، فقال لا أسمع برجل فعل ذلك إلا أوجعته ضرباً [١٦٨]

وكانوا لجهدهم في الوصول إلى الحق يكثرون من الحوار ويستخدمون المنطق ويكثرون من الحجاج علي بعضهم قال سيدنا علي لسيدنا عمر في شأن قتل الجماعة بالواحد - كما سبق - أرأيت لو أن نفراً اشتركوا في سرقة جزور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم قال : نعم قال وذلك [١٦٩] .

واستنكر ابن عباس علي زيد بن ثابت رأيه في عدم حجب الأخوة بالجد في الميراث وقال " ألا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابناً ولايجعل أب الأب أباً " [١٧٠] ولما خص الصديق أم الأم بالميراث دون أم الأب قال له بعض الأنصار: " لقد ورثت امرأة من ميت لو كانت هي الميتة لم يرثها" [١٧١] .

وقال سيدنا عمر وهل يعلل لرأيه - عدم التسوية في العطاء بين الأنصار والمهاجرين - " لا أجعل من قاتل رسول الله كمن قاتل معه " [١٧٢] .

---

(١٦٨) أعلام الموقعين ١: ٥٦ والفكر السامي ١: ٢٣٤، ٢٣٥ ونظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ٨٥ ، ٨٦ .
(١٦٩) أعلام الموقعين ١: ٢١٣ .
(١٧٠) المرجع السابق ١: ٢١٥ .
(١٧١) المستصفى للغزالي ٢: ٢٣٤ .
(١٧٢) أعلام الموقعين ١: ٢١٠ .

أسباب اختلاف الصحابة :

رأينا من خلال عرضنا للنماذج السابقة من اجتهادات الصحابة وفتاواهم أنهم قد اختلفوا في بعض المسائل .

والأسباب التي يرجع إليها اختلافهم يمكن أجمالها في:

أ - اختلافهم بسبب علم البعض بالسنة وعدم علم الآخرين بها،

ويرجع هذا السبب إلى أن السنة لم تكن مدونة وقد أدى عدم تدوينها هذا إلى أن كل صحابي قد حفظ منها ماأتيح له حفظه بمشاهدة أو سماع من الرسول أو بسبب نقل غيره من الصحابة لظروف اقتضت ذلك كله ومهدت له، وقد تقتضي الظروف ألا تدعو حاجة الانسان للسؤال عن ذلك ومن ثم لايعرف السنة في المسألة. بسبب هذا العامل اختلف الصحابة في بعض الأحكام ومن ذلك أن سيدنا عمر بن الخطاب ما كان يرى أن أصابع اليد في الدية سواء حتى بلغته سنة النبي صلى الله عليه وسلم القاضية في مساواة أصابع اليد في الدية فعدل عن رأيه[١٧٣] .

وكان الإمام علي يري أن الحامل المتوفي عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين إذ لم تبلغه سنة النبي صلى الله عليه وسلم في سبيعة الأسلمية حين أخبرها النبي أن عدتها تنتهي بوضع حملها [١٧٤] .

وكان زيد بن ثابت وعبدالله بن عمر وغيرهما يرون أن المرأة المتوفي عنها زوجها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهراً لاشيء لها من المهر لأنه لم تبلغهم سنة

---

(١٧٣) أثر الإختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى الخن ص ٤١٢.
(١٧٤) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ص ٦١ .

النبي صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق التي جعل لها مهر المثل [١٧٥].

ب - اختلافهم بسبب عدم وثوقهم بالسنة :

فقد يجهل أحدهم السنة فإذا رويت له لايطمئن لروايتها ولايثق براويها ومن أمثلة ذلك أن سيدنا عمر لم يأخذ بحديث فاطمة بنت قيس حين قالت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرض لها نفقة ولاسكنى لما طلقها زوجها -لعدم ثقته به- لأنه يخالف القرآن [١٧٦].

ج - اختلافهم بسبب الاختلاف في فهم النصوص

فقد يكون النص ظني الدلالة فيفسره كل واحد من الصحابة بما يرى، والنص الظني الدلالة هو النص الذي يحتمل أكثر من معنى ، ويقابله النص القطعي الدلالة وهو مادل على معني متعين فهمه منه ولايحتمل تأويلاً ولا فهماً آخر كقوله تعالى : " ولكم نصف ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد " .

فكلمة نصف قطعية في دلالتها لا تحتمل الزيادة على النصف ولا النقصان منه، ومن أمثلة الألفاظ الخفية الدلالة التي كانت سبباً، في اختلاف الصحابة كلمة القرء في قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " فإن لفظ القرء مشترك بين معنيين فيطلق لغة على الطهر وعلى الحيض من هنا اختلف الصحابة فمنهم من حمله على الطهر ومنهم من حمله على الحيض [١٧٧] .

---

(١٧٥) الفكر السامي : ١ : ٢٦٢ .
(١٧٦) المرجع السابق ١: ٢٦٥ والإنصاف في بيان أسباب الإختلاف للدهلوي ٢٤ .
(١٧٧) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ : محمد الخضري ٩٥ .

د - اختلافهم بسبب الإجتهاد فيما لانص فيه :

ويرجع هذا السبب إلى أن الصحابة كما أسلفنا اجتهدوا في عديد من المسائل غير المنصوص على حكمها ، واعتمادهم على الاجتهاد في هذه المسائل قاد أحياناً إلى اختلافهم فيها لأن لكل واحد منهم له فهمه وموازينه الخاصة في حال الاجتهاد، ومن صور ذلك أن سيدنا أبا بكر كان يسوي بين الناس في العطاء، وسيدنا عمر يخالف بينهم على أساس سابقتهم في الاسلام (١٧٨) .

ومن ذلك أيضاً رأى سيدنا عمر في من نكح امرأة في عدتها ودخل بها أنها تحرم عليه حرمة مؤبدة بعد التفريق بينهما عقوبة له وزجراً للآخرين، وكان سيدنا علي بن أبي طالب يرى إلا داعي لتحريمها عليه بل يكفي في ذلك التفريق بينهما، والاختلاف هنا سببه الاجتهاد وتقدير الحاجة إلى الزجر بتحريم المرأة على من تزوجها في العدة (١٧٩) .

الاختلاف بين الصحابة قليل وليس بكثير :

ومع وجود الاختلاف بين الصحابة وفقاً للصورة السابقة و الأسباب التي دعت إليه فقد كان الاختلاف بينهم قليلاً لا كثيراً ويرجع ذلك إلى عدة أمور :

أ - تطبيق مبدأ الشوري : فقد كان الخلفاء الراشدون وخاصة سيدنا أبي بكر وعمر يحرصون على تطبيق هذا المبدأ ، وتطبيق هذا المبدأ أدى إلى الاتفاق عن طريق الإجماع في كثير من المسائل وفي أقوالهم وطريقتهم في الفتوي مايدل على ذلك حيث أنهم كانوا يحرصون علي جمع الصحابة على رأى واحد . وفي

---

(١٧٨) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ٩٥ .
(١٧٩) الفكر السامي : ١:٢٦٧ .

هذا يقول الحجوي : " فمجلس أبي بكر وعمر وعثمان وعلي كان مجلس تشريع وفقه واستنباط ومشاورة وخصوصاً الأولان منهما [١٨٠]. وفي البخاري أن القراء كانوا أصحاب مجالس عمر ومشاوراته كهولاً كانوا أو شباناً [١٨١].

ب - قلة الوقائع الجديدة : فقد كانت الوقائع التي عرضت عليهم قليلة بالقياس إلى الوقائع التي طرأت بعد عصرهم ولهذا كانت مساحة الاختلاف بينهم أقل من مساحة الاختلاف بين الذين جاءوا بعدهم .

جـ - امتناعهم في الإفتاء في المسائل التي لم تقع (المسائل المفترضة) واكتفاؤهم بتناول المسائل التي وقعت بالفعل كان هذا أيضاً عاملاً من العوامل التي قللت الإختلاف بينهم؛ لأن المسائل الواقعة مهما كثرت فهي قليلة، وفي ذلك يروي أن زيد بن ثابت كان إذا استفتي في مسألة سأل عنها هل وقعت ؟ فإن قيل له وقعت أفتي فيها وإن قيل له لم تقع قال دعوها حتى تكون [١٨٢].

د - تورع بعض الصحابة عن الإفتاء : كان كثير من الصحابة يتورعون عن الإفتاء خشية الوقوع في الخطأ وإمساكهم هذا أدى إلى أن فتاواهم كانت محدودة وقاد هذا بدوره إلى قلة الإختلاف بينهم .

ماطرأ على مصادر التشريع الأساسية في هذا العصر :

أشرنا ونحن نتحدث في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم أن القرآن الكريم كان ينزل على الرسول صلى الله عليه وسلم منجماً حسب الظروف والأحوال والحوادث والاستفتاءات التي كانت تستوجب نزوله وأنه كان للرسول كتاب وحي يكتبون

---

(١٨٠) المرجع السابق : ١: ٢٦٠ .

(١٨١) البخاري في تفسير سورة الأعراف ٦ : ٧٦ .

(١٨٢) الفكر السامي ١: ٢٦٠ .

ماينزل عليه ويحفظونه في بيت النبي صلى الله عليه وسلم ٠

ومع ذلك كان بعض الصحابة يحتفظ لنفسه بنسخة من الصحف التي يكتب فيها القرآن ٠

وقد انتقل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى ولم يكن القرآن قد جمع في مصحف واحد بل كان محفوظاً في صدور الرجال ومفرقاً في الصحف، فلما تولى سيدنا أبوبكر الخلافة مات كثير من الحفاظ في واقعة اليمامة فخشي المسلمون ضياع القرآن بموت حفظته ، فاجتمع رأيهم على وجوب جمعه بعد أن تناقشوا في ذلك وتحاوروا فيه. ولقد كان سيدنا عمر أول من تنبه إلي الخطر في خلافة سيدنا أبي بكر فقد روي عن سيدنا أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قال أن عمر أتاني فقال : أن القتل استحر يوم اليمامة بقراء القرآن وإني أخشى أن يستحر القتل بالقراء في المواطن فيذهب كثير من القرآن، وإني أرى أن تأمر بجمع القرآن. فقال أبو بكر نقلت لعمر : نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر هذا والله خير فلم يزل عمر يراجعني حتى شرح الله صدري لذلك ورأيت في ذلك الذي رأى عمر ٠

ولقد اختار أبوبكر لذلك زيد بن ثابت فدعاه وقال له : إنك رجل شاب عاقل لانتهمك ، وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتتبع القرآن فأجمعه ولقد ناقش زيد بن ثابت أبا بكر بمثل ماناقش به أبو بكر عمر ، فما زال أبو بكر يزيد حتى شرح الله صدر زيد لما شرح له صدر الشيخين فتولى زيد بعد ذلك جمع القرآن من الصحف وصدور الرجال وقد حفظت هذه الصحف عند سيدنا أبي بكر مدة حياته ثم عند سيدنا عمر ثم عند ابنته حفصة ٠

وفي زمن الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضي الله كثر الإختلاف بين القراء في قراءة القرآن تبعاً لاختلاف لهجاتهم، فرأي عثمان - رضي الله عنه - أن يجمع الناس على المصحف الذي جمعه زيد بن ثابت في خلافة أبي بكر وأن ينشره في الأمصار كلها ليكون المرجع لأهل الأمصار في القراءة حتى لايحدث اختلاف بينهم فيها ، فأرسل إلى حفصة زوج الرسول صلى الله عليه وسلم أن أرسلي إليّ الصحف ننسخها في المصاحف ثم نردها إليك . فأرسلتها حفصة إليه فأمر زيد بن ثابت وعبدالله بن الزبير وسعد بن أبي وقاص وعبدالرحمن بن الحارث بنسخها في المصاحف ثم أرسل إلى كل إقليم من أقاليم الدولة مصحفاً وأمر بحرق ماعداه من الصحف فكان في كل من الكوفة والبصرة ودمشق ومكة والمدينة مصحفاً يرجع إليه الناس في المسجد الجامع . وقد احتفظ سيدنا عثمان لنفسه بمصحف سمي بالمصحف الإمام [١٨٣] .

أما المصدر الثاني وهو السنة فحتى هذا العصر لم يلحقها التدوين والذي أثر عن الصحابة في عصرهم هذا أنهم كانوا يتشددون في الأخذ بها فأبو بكر وعمر رضي الله عنهما ما كانا يقبلان الحديث من الراوي إلا إذا أيده راو آخر وعلي بن أبي طالب كان يستحلف الراوي على أنه سمع الحديث من الرسول صلى الله عليه وسلم، وكان الصحابة في الجملة ينفرون من كثرة الرواية خشية الكذب على رسول الله [١٨٤] .

جاء في تذكرة الحفاظ أن الجدة جاءت إلى أبي بكر تلتمس ميراثها فقال لها أبو بكر : لا أجد لك في كتاب الله شيئاً ، وماعلمت أن رسول الله صلى الله عليه

---

(١٨٣) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ٨١ - ٨٣ .

(١٨٤) المرجع السابق ٨٦ .

وسلم ذكر لك شيئاً ، ثم سأل الناس فقام المغيرة بن شعبة فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيها السدس. فقال له أبو بكر : هل معك أحد ؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فقضى به أبو بكر (١٨٥) .

وروى البخاري عن أبي سعيد الخدري قال : كنت جالساً مع الأنصار فجاء أبوموسى الأشعري فزعاً فقالوا: ماأفزعك ؟ قال أمرني عمر أن آتيه فأتيته، فاستأذنت ثلاثاً فلم يأذن لي فرجعت فأرسل إليّ عمر يقول : مامنعك أن تأتينا فقلت: إني أتيت فسلمت على بابك ثلاثاً فلم يأذن لي فرجعت وقد قال عليه السلام: " إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع " فقال عمر لتأتني على هذا ببينة ، فقالوا لايقوم إلا أصغر القوم ، فقام أبو سعيد فشهد له ثم قال عمر لأبي موسى الأشعري : إني لم أتهمك ولكنه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٨٦) .

ولقد شيع عمر جماعة من الصحابة ذاهبين إلى العراق. فقال : إنكم تأتون قوماً لهم دوي بالقرآن كدوي النحل فلا تصدوهم بالأحاديث فتشغلوهم جودوا القرآن وأقلوا الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا شريككم (١٨٧) .

فما كان يفعله الصحابة في عصرهم حيال السنة أنهم كانوا يتشددون في روايتها ويحرصون في التوثق من صحة كل حديث يروي لهم عن النبي صلى الله

---

(١٨٥) المرجع السابق ٨٥ ، والحديث أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حسن صحيح ، الترمذي مع تحفة الأحوذي ٣: ١٨١.

(١٨٦) الحديث رواه البخاري بسنده إلى أبي سعيد الخدري وأخرجه مسلم في " الاستئذان " عن سيدنا عمر ، وأبو داود في الأدب . أنظر سنن أبي داود ٤: ٦٨ ، ٤ تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد. المرجع السابق : ٨٦ .

(١٨٧) جامع بيان العلم وفضله ٢: ١٢١ ومدخل الفقه للدكتور علي حسن الشاذلي ص ١٥٠ .

عليه وسلم، أما تدوين السنة فحتي عصرهم لم يحن وقته .

تراجم لبعض الصحابة :

نكتفي هنا بالترجمة لبعض أعلام الصحابة الذين كان لهم أثر واضح في الافتاء في ذلك العصر ونمسك عن الترجمة للخلفاء الراشدين وقد كان لهم دور واضح في الافتاء لعل الدراسة السابقة عن عصر الصحابة تكون قد كشفت جزءاً منه لشهرتهم ، ولأن شخصياتهم من الظهور بمكان يجعل الترجمة لهم هنا أدخل في باب التطويل الذي لا نري له مبرراً - والصحابة الذين سوف نترجم لهم هم زيد بن ثابت ، عبدالله بن عمر، والسيدة عائشة من فقهاء المدينة ، في عصر الصحابة - وعبدالله بن عباس إمام أهل مكة في عصر الصحابة .

* زيد بن ثابت:

هو الصحابي الجليل زيد بن ثابت النجاري الانصاري، كان يحتل مكانة كبيرة بين الصحابة وكان كاتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استكتبه أبو بكر وعمر وهو الذي اختاره سيدنا أبو بكر لجمع المصحف حينما استقر الرأى على جمعه بعد مشورة جرت في ذلك كان الباعث عليها تخلطف الموت للقراء في الحروب وعينه عثمان لكتابته وثوقاً بحفظه وأمانته، وكان فوق ذلك كله على جانب كبير من الفقه والبصر في شريعة الله ، يدل على ذلك أنه كان من أهل الفتوى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد حدث ابن أبي خيثمة عن أبيه قال : كان الذين يفتون على عهد رسول الله ثلاثة نفر من المهاجرين وثلاثة نفر من الأنصار عمر وعثمان وعلي وأبي ابن كعب ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت " وكان زيد في فقهه بارعاً في معرفة الفرائض حتى قال عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفرض أمتي زيد " وخطب عمر في الجابية فقال من كان يريد أن يسأل عن الفرائض فليأت زيد

بن ثابت " توفي سنة ٤٦ هـ .

* **عبدالله بن مسعود**

هو أبو عبدالرحمن عبدالله بن مسعود بن غافل الهذلي ينسب إلى هذيل بن مدركة ابن الياس فيقال له الهذلي. كان من أوائل المسلمين فقد روى عنه أنه قال لقد رأيتني سادس ستة ما على ظهر الأرض مسلم غيرنا هاجر إلى الحبشة وإلي المدينة وشهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها ، نزل العراق وتصدى فيها للفتوي روى عن الشعبي أنه قال : " مادخلها من أصحاب رسول الله أنفع علماً ولا أفقه صاحباً منه - يعني ابن مسعود " .. توفي سنة ٣٢ هـ .

* **عبدالله بن عباس:**

هو عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب الهاشمي ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات ولما أتى به للنبي صلى الله عليه وسلم ضمه إلى صدره وقال اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل " .

كان يقال له الحبر والبحر لكثرة علمه، كان واسع الاطلاع في نواح علمية مختلفة يعرف الشعر والأنساب وأيام العرب ويعلم تفسير القرآن وأسباب نزوله ويعرف الميراث والمغازي وكان له منزلة عظيمة بين الصحابة - توفي بالطائف سنة ثمان وستين من الهجرة وله من العمر واحد وسبعون عاماً .

* **السيدة عائشة :**

هي أم المؤمنين السيدة عائشة بنت أبي بكر الصديق كانت من أبرز فقهاء الصحابة ومن الذين اشتهر عنهم الإكثار في الفتوى، وقد مكنها من ذلك إقامتها مع الرسول صلى الله عليه وسلم زوجاً له ومعرفتها التامة بأحواله .

كان علمها يضرب في جوانب شتى فقد كانت تعرف القرآن والحديث وتحسن القضاء والفرائض بل أكثر من ذلك كانت ذات إلمام ودراية بمعارف أخري من طب وشعر وأيام عرب وذات علم بالفرائض قال أبو موسي الأشعري " ما أشكل على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فسألنا عائشة إلا وجدنا عندها علماً " وقال مسروق " رأيت مشيخة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الأكابر يسألونها عن الفرائض " توفيت سنة ٥٨ هـ .

*عبدالله بن عمر :

هو عبدالله بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي، أسلم قبل البلوغ مع أبيه كان عالماً ورعاً غلب على حياته طابع التوقي والاحتياط، ولعل أدل شيء على ذلك تتبعه الدائم لآثار الرسول صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلاً وحرصه على معرفتها لاتباعها ذكر نافع أن عبدالله بن عمر تتبع أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأفعاله حتى خيف على عقله " .

يعتبر ابن عمر من المكثرين من رواية الحديث، عرف بالقوة في الجهاد والعبادة والزهد والمعرفة للآخرة. هذا ولم يوظف ابن عمر طاقاته في الاستنباط وأعمال الرأي بل وجه عنايته إلى حفظ الآثار والتدقيق في نقلها قال ابن الأثير كان ابن عمر شديد الاحتياط والتوقي لدينه في الفتوي وكل ماتأخذه به نفسه حتى أنه ترك المنازعة في الخلافة مع كثرة ميل أهل الشام إليه ومحبتهم له - توفي بمكة بعد الحج سنة ٧٣هـ عن أربعة وثمانين عاماً .

المبحث الثاني

عصر صغار الصحابة وكبار التابعين

العصر الذي تلي عصر الصحابة السابق- الذي حصرنا حديثنا فيه في الفترة التي انتهت سنة ٤٠ هـ - هو عصر صغار الصحابة وكبار التابعين ويبدأ هذا العصر سنة ٤١هـ وينتهي في أوائل القرن الثاني الهجري .

ويعرف التابعي بأنه " كل مسلم لم ير النبي صلى الله عليه وسلم ورأي الصحابي ولقيه روي عنه أو لم يرو ، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذه التسمية في قوله تعالى : " والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم باحسان رضي الله عنهم ورضوا عنه " [(١٨٨)] .

ولقد آل أمر الفتيا إلى التابعين بعد الصحابة لأنهم هم الذين تتلمذوا على أولئك الصحابة وأخذوا عنهم، ذلك أن الصحابة - رضوان الله عليهم - قد تفرقوا في الأمصار الاسلامية المختلفة بعد فتوحها بقصد الجهاد أو بهدف تعليم القرآن ونشر العلم أو بغرض التجارة والاستيطان بعد أن استقرت الفتوحات الاسلامية ، وكل صحابي نزل مصرا من الأمصار تحلق حوله تلاميذ أخذوا عنه وتشربوا بروحه وتمثلوا أسلوبه وطريقته وتربوا وفق صياغته، وبذلك ترك كل صحابي في بلده تابعين وأورثهم الافتاء والتصدي للأحداث والقضايا بالمعالجة الفقهية .

وفي عصر التابعين هذا نستطيع أن نقرر أن الدولة الاسلامية قد اتسعت

---

(١٨٨) التوبة آية ١٠٠ .

رقعتها أكثر من عصر الصحابة السابق، وقد ترتب على هذا الاتساع ازدياد في الحوادث وبالتالي ازدياد في الفتاوى الفقهية لمعالجة تلك الحوادث كما أن الاختلاف في مسائل الفقه زاد عما كان عليه في عصر الصحابة ، ومرد ذلك إلى :

أ - أن الصحابة - كما ذكرنا قبل هذا - قد انتشروا في الأمصار الاسلامية المختلفة واستوطنوها ، وقد مهد ذلك لإقبال الناس عليهم يستفتونهم ويسألونهم عن حكم الشرع فيما يعرض لهم من قضايا ، ويواجههم من أحداث وقد واجه الصحابة ذلك كل بما لديه من محفوظ حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم وهم في ذلك مختلفون ، وما حباه الله به من استعداد ذهني وإمكانيات عقلية، وملكات جبلية وهم في ذلك أيضاً مختلفون، لأن الناس ليسوا جميعاً علي شاكلة واحدة وبخاصة فيما يتصل بالاستعداد الذهني والذوق والتكوين الذاتي الفطري. وهذا الاختلاف بين الصحابة قاد إلى الاختلاف بين التابعين الذين أخذوا عنهم وتتلمذوا عليهم.

ب - أن الإجماع الذي يفضي إلى الاتفاق على رأي واحد أو يؤدي إلى التقارب بين وجهات النظر لم يعد ميسوراً في هذا العصر لخروج جل الصحابة من المدينة وتفرقهم في المدن الاسلامية فضلاً عن أن هناك فرقاً نشأت في هذا العصر كالخوارج والشيعة لها مناهجها المستقلة ووسائل استنباطها للأحكام التي تختلف عما عليه جمهور المسلمين .

جـ - أن البلاد الاسلامية التي نزلها الفقهاء كانت مختلفة في عاداتها وتقاليدها وأعرافها وأحوالها الاجتماعية والاقتصادية ، وهذا الاختلاف أدي إلى الاختلاف في الفتاوى الفقهية لأن كل فقيه لابد أن يراعي - في فتواه - أحوال بلده وظروفه .

هذا ومن العلامات البارزة في هذا العصر :

أ - ماحدث فيه من أحداث سياسية جسام كان لها أثرها المباشر وانعاكاسها البيِّن على الحركة الفقهية فيه .

ب - مابرز فيه من مناهج وتبلور فيه من اتجاهات ومدارس فقهية وسوف نتناول كل واحد من هذين الأمرين بما يوضحه :

الأحداث السياسية وأثرها في الفقه في هذا العصر[189]:

بدأت الأحداث بثورة بعض المسلمين على سيدنا عثمان رضي الله عنه وكان خليفة للمسلمين آنذاك بسبب مسلكه من أقاربه من بني أمية حيث قلدهم المناصب الكبيرة في الدولة ، وقربهم لشوراهم والأخذ برأيهم ، وقد مكن هذا الوضع أقاربه من الثراء والرفه المادي فأدى إلى الثورة عليه .

وقد تمثلت هذه الثورة في محاصرة الثائرين لسيدنا عثمان مطالبين إياه بعزل الولاة من أقاربه، وأن يعتزل هو أيضاً الخلافة ، ولما لم يستجب لذلك قتلوه ثم بايع أكثر المسلمين سيدنا علياً كرم الله وجهه للخلافة، وقد تمت البيعة بين عدد كبير من الصحابة غير أن بعضهم لم يبايع سيدنا علي ولم يرض بخلافته ومن هؤلاء طلحة والزبير ومعاوية ابن أبي سفيان والسيدة عائشة، وقد صعدت هذه الجبهة معارضتها لسيدنا علي محاولة اسقاطه متمسكة بالمطالبة بدم سيدنا عثمان. فسار طلحة والزبير إلى العراق وقامت موقعة " الجمل " بين جند علي من ناحية وبني أمية والسيدة عائشة وطلحة والزبير، ثم كانت - بعد ذلك - موقعة صفين وفيها التقى

---

(١٨٩) راجع المدخل للفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور علي حسن الشاذلي ص ١٩٩ - ٢٠٩ ونظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبدالقادر ١٦٩ ومابعدها .

علي كرم الله وجهه وجنده بمعاوية وجيشه، ولما أحس معاوية بالهزيمة في هذه الواقعة رفع جيشه المصاحف مطالباً بالتحكيم، وهنا اختلف جيش سيدنا علي فقبل فريق منه التحكيم ورفضه آخرون ، وقد اضطرت الطائفة التي قبلت التحكيم سيدنا علي لقبوله فأعلن قبوله له مكرهاً حقناً للدماء ، واختار أبا موسى الأشعري ممثلاً له واختار معاوية عمرو بن العاص ممثلاً له ، وانتهى التحكيم إلى خلع سيدنا علي .

من ذاك الوقت بدأ الانشقاق في صفوف جيش سيدنا علي ، ففريق منهم كان راضياً بالتحكيم وفريق كان رافضاً له فخرج على سيدنا علي وعدَّه خائناً للأمانة. وسمي الخارجون " بالخوارج " كما سمي الذين ناصروا سيدنا علياً " بالشيعة " ومن هنا غدا المسلمون ثلاث فرق .

أ - الخوارج .

ب - الشيعة .

جـ - جمهور المسلمين .

يظهر لنا من العرض التاريخي السابق أن الأساس في هذه التفرقة سياسي ناتج عن الصراع الذي دار حول الخلافة ومانجم عنه ، ونعطي فيما يلي نبذة عن كل فرقة وما تتميز به عن غيرها من مبادىء وآراء .

أ - الخوارج :

فرقة من المسلمين خرجت على سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه لقبوله

التحكيم وقالوا في ذلك قولتهم المشهورة " لاحكم إلا لله " وقد رفض الخوارج الرجوع إلى صفوف جمهور المسلمين إلا إذا رضي سيدنا علي أن يقر على نفسه بالكفر حين وافق على التحكيم ، وأن ينقض الاتفاق مع معاوية .

وقد تفرع عن الخوارج فرق منها الازارقة برئاسة نافع بن الأزرق والصفرية بقيادة زياد بن الأصفر ، والنجدات الذين يتزعمهم نجدة بن عامر وينسب كثير من المؤرخين الاباضية الذين ينسبون إلى عبدالله بن أباض إلى الخوارج ولكن مؤرخيهم ينفون ذلك.

أهم مبادئهم :

الخلافة:

بالنسبة إلى الخلافة يرون أن الخلافة حق لكل مسلم، فليست الخلافة محصورة في آل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أو في القرشيين أو العرب بل يصح أن يكون الخليفة من غير هؤلاء ولو كان عبداً ، والطريقة التي يتم بها اختيار الخليفة عندهم هي الشوري العامة المسلمين ، وإذا اختير انسان خليفة فليس له الحق في أن يتنازل عن الخلافة، أو الحكم ، وإذا انحرف يعزل فإن لم ينعزل يجب قتله، وتحتم هذه الطائفة على المسلمين الخروج على الإمام الجائر ووجوب محاربة المنكر والظلم ودفع الفساد بأي وسيلة وطريقة ولايقبل عندهم في ذلك ضعف القوة واحتمال تفرق الجماعة .. الخ .

مرتكب الكبيرة:

يقولون بتكفير مرتكب الكبيرة ، وكان من جرائها تكفيرهم لعثمان لأنه لم يسر سيرة أبي بكر وعمر وتكفير سيدنا علي لأنه لم يرجع عن التحكيم كما كفروا معاوية وأبا موسى الأشعري وعمرو بن العاص لاشتراكهم في التحكيم .

خلافهم في بعض المسائل الفقهية :

لم يأخذ الخوارج بحد الرجم بالنسبة للزاني المحصن ولم يشترطوا في السرقة نصاباً معيناً بل يتم القطع في القليل والكثير ولم يحرموا بالرضاع إلا الأم المرضعة والأخت بالرضاع مع أن جمهور المسلمين يحرم بالرضاع مايحرم بالنسب .

المصادر الشرعية :

لم يعترفوا بالإجماع ولا بالقياس مصادر شرعية، لأن في الإجماع آراء لجماعة لايعتدون بها ، كذلك اقتصروا في رواية الأحاديث على الأحاديث التي رويت عن الصحابة قبل الفتنة .

ب - الشيعة :

هم الفرقة التي أيدت سيدنا علياً كرم الله وجهه ورأت تفضيله وأولويته بالخلافة ، وقد انقسم الشيعة إلى فرق هي :

أ - الزيدية :

وينسبون إلى زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم وهم أقرب الفرق من الشيعة إلى أهل السنة في فروعهم الفقهية.

ب - الإمامية الاثنا عشرية :

وسموا بذلك لأن الأئمة عندهم اثنا عشر هم : علي بن أبي طالب ، الحسن ، الحسين ، علي زين العابدين ، محمد الباقر ، جعفر الصادق ، موسى ابن جعفر ، علي بن موسى الرضا ، محمد التقي ، علي بن محمد التقي ، الحسن العسكري ، محمد المهدي .

وقد قالوا عن الإمام الأخير أنه لم يمت وإنما اختفي ولا يزال حياً وأنه سوف يظهر آخر الزمان فيملأ الأرض عدلاً بعد أن ملئت جوراً .

ج- الاسماعيلية :

وهم الذين قالوا أن الإمامة بعد جعفر الصادق تكون في ابنه الأكبر اسماعيل ثم من بعده لأولاده .

بعض المسائل التي خالف فيها الشيعة جمهور المسلمين :

هنالك بعض القضايا الفقهية خالف فيها الشيعة جمهور المسلمين وتفردوا فيها بآراء فقهية خاصة بهم، كما أن لهم موقفاً من مصادر التشريع التي يعتمد عليها جمهور المسلمين ومن اختلافاتهم في ذلك :

- نكاح المتعة :

يجيز الشيعة نكاح المتعة معتمدين في ذلك على ظاهر قوله تعالى " فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة " [190] . ويردعليهم الجمهور بأن الآية واردة في شأن الزواج المعروف بدليل السياق الذي وردت فيه وهو أنها جاءت بعد الكلام عمن يحرم الزواج بهن كما ذكروا في ذلك أن تسمية المهر أجراً وردت في موضع آخر من القرآن وهو قوله تعالى : " فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن " [191] فليست الآية في نكاح المتعة ، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم ثبت عنه أنه حرم نكاح المتعة قبل وفاته وبذلك نسخ جوازه الذي كان في صدر الإسلام .

---

(١٩٠) النساء آية ٢٤ .

(١٩١) النساء آية ٢٥ .

- زواج المسلم بالكتابية :

يمنع الشيعة من زواج المسلم بالكتابية مستندين إلى قوله تعالى " ولا تمسكوا بعصم الكوافر " [١٩٢]. والجمهور على خلاف ذلك معتمداً على قوله تعالى : " وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب[١٩٣].

- رواية الأحاديث :

لايقبلون من الأحاديث إلا ماروي عن طريق أئمتهم ، فكل حديث لم يصلهم عن هذا الطريق لايعتبر حجة ولايصح الاستدلال به عندهم.

- الإجماع :

لايعتبر الاجماع المعروف عند جمهور المسلمين وهو اتفاق المجتهدين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم حجة عندهم بل الحجة عندهم في اجماع أهل البيت .

- القياس :

بعض فرقهم لاتأخذ بالقياس كمصدر ودليل يعتمد عليه في استباط الأحكام الشرعية .

ب - المدارس الفقهية :

ذكرنا من قبل أن الصحابة تفرقوا في الأمصار الاسلامية المختلفة في وقت متأخر من عصرهم ، وقد ترتب على تفرق الصحابة هذا أن نزل بعضهم العراق ويروى في ذلك أن العراق قد نزلها ثلاثمائة صحابي ونيف كان بينهم عبدالله ابن

(١٩٢) الممتحنة آية ١٠ .

(١٩٣)المائدة آية ٥ .

مسعود ، وسعد بن أبي وقاص ، وعمار بن ياسر ، وأبو موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك، وحذيفة بن اليمان ، وعمران بن حصين وكذلك كثير من الصحابة الذين كانوا في جيش سيدنا علي، وبقي بالمدينة لم يخرج منها عدد كبير من الصحابة هم جمهورهم وأهل الفقه فيه فقد كان فيها عمر ابن الخطاب ، وأبو بكر وعلي قبل تولية الخلافة وعثمان وزيد بن ثابت وعائشة وأم سلمة وبقية أمهات المؤمنين وعبدالله بن عمر ، وطلحة بن عبيد الله وعبدالرحمن بن عوف وأبو هريرة وكثير غير هؤلاء .

وعن هؤلاء الذين بقوا في المدينة أخذ التابعون في المدينة وعن الذين رحلوا إلى العراق أخذ التابعون من أهل العراق وعن الذين رحلوا إلى الشام أخذ التابعون من أهل الشام ، وكذلك الشأن والحال في مصر واليمن [١٩٤] .

وبذلك تكونت المدارس الفقهية ذات المناهج المختلفة واعتمدت كل مدرسة منها على فقه شيوخها من الصحابة الذين تفرقوا في هذه الاصقاع المختلفة بقصد الغزو والفتوح والمرابطة في سبيل الله والتعليم والهداية والارشاد أولاً، وبقصد

(١٩٤)نزل الشام من الصحابة عبدالرحمن بن غنم (ت٧٨هـ) وأبو ادريس الخولاني (ت٨٠هـ) وغيرهما، وخلف هذه الطبقة في الفتيا جماعة من التابعين في الشام أبرزهم مكحول أبو عبدالله بن مسلم الهذلي(ت١١٣هـ) وأشهر من انتهي إليه علم هذه المدرسة وفقهها عبدالرحمن بن عمرو الأوزاعي فقيه أهل الشام (ت١٥٧هـ) .

ونزل مصر من الصحابة عمرو بن العاص (ت٤٣هـ) وعبدالله ابنه (ت٦٥هـ) وعنهما وعن غيرهما من الصحابة الذين كانوا بمصر أخذ يزيد بن أبي حبيب (ت١٢٨هـ) وأشهر من انتهى إليه علم هذه المدرسة الامام الليث بن سعد (ت١٧٥هـ) .

وكان بمكة من فقهاء الصحابة الحبر عبدالله بن عباس (ت٦٨هـ) وعنه أخذ مولاه عكرمة (ت ١٠٥هـ) وعطاء بن أبي رباح (ت١١٤هـ) ومجاهد ابن جبير (ت١٠٣) هـ .

ونزل البصرة من الصحابة أبو موسى الأشعري (ت ٤٤ هـ) وأنس بن مالك (ت٩٣هـ) وغيرهم ، وعن هؤلاء أخذ الحسن البصري (ت١١٠هـ) وابن سيرين (ت١١٠هـ) وبعدهم قتادة بن دعامة السدوسي (ت ١١٧هـ) وسعيد بن أبي عروبة (ت١٥٦هـ) .

الاستيطان بصورة منتظمة أخيراً بعد أن أذن لهم سيدنا عثمان في خلافته بالتفرق .

أساس الاختلاف بين المدارس الفقهية :

وأساس الاختلاف بين هذه المدارس هو الاختلاف بين الصحابة الذين كان لهم فضل تكوينها وإقامة صروحها فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستفتيه الناس في الوقائع فيفتيهم وترفع إليه القضايا فيقضي فيها ، ويرى الناس يفعلون معروفاً فيمدحه أو منكراً فينكر عليه، وكل ماأفتي به مستفتياً أو قضى به أو أنكر على فاعله كان في الإجتماعات فهذه كانت عادته الكريمة صلى الله عليه وسلم فرأى كل صحابي مايسره الله من عبادته وفتاواه وأقضيته فحفظها وعقلها وعرف لكل شيء وجها من قبل حفوف القرائن به فحمل بعضها على الإباحة وبعضها على النسخ لامارات كافية عنده ولم يكن العمدة عندهم إلا وجد الاطمئنان والثلج من غير التفات إلى طرق الاستدلال وانقضى عصره الكريم وهو على ذلك ثم أنهم تفرقوا في البلاد وصار كل واحد منهم مقتدي ناحية من النواحي فكثرت الوقائع ودارت المسائل . فاستفتوا فيها فأجاب كل واحد حسبما حفظ واستنبط "[١٩٥] .

ولاختلاف المدارس تبعاً لاختلاف الصحابة قال الامام مالك لأبي جعفر المنصور أو للرشيد - حسب اختلاف الروايات في ذلك - حينما أراد حمل الناس على الموطأ: " ياأمير المؤمنين لاتفعل فإن الناس قد سبقت لهم أقاويل وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق اليهم وماعملوا به ودانوا له من اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وإن ردهم عما اعتقدوا شديد، فدع الناس

(١٩٥)راجع الإنصاف في بيان أسباب الإختلاف لشاه ولي الله الدهلوي، ص٢٢ مراجعة وتعليق الشيخ عبدالفتاح أبو غدة مطبعة دار النفائس .

وماهم عليه، وما اختاره أهل كل بلد منهم لانفسهم " [١٩٦].

أشهر المدارس الفقهية :

وكانت أشهر المدارس الفقهية مدرستين مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة وقد يعبر عنهما بتعبير أعم فيطلق على مدرسة الكوفة مدرسة العراق وعلي مدرسة المدينة ، مدرسة الحجاز ، كما وأنه قد يعبر عنهما باعتبار محتواهما فيطلق على مدرسة العراق مدرسة " الرأي " وعلى مدرسة الحجاز " مدرسة الحديث " واشتهار مدرسة الحديث بين المدارس الفقهية أمر طبيعي لأن الحجاز هو موطن التشريع والمصدر الأول الذي صدر منه اشعاعه، لكن اشتهار مدرسة العراق ومناقشتها لمدرسة الحجاز أمر يحتاج إلى ضرب من الإيضاح لاسيما وأنه - كما قررنا - كانت هناك مدارس فقهية متعددة في مكة والشام ومصر، واليمن لم تشتهر ، واختصت بذلك مدرسة العراق وحدها ولعل ذلك يرجع إلى :

= إن العراق نزلها جمع كبير من الصحابة حينما توزع الصحابة في الامصار يفوق كثيراً مانزل بغيرها إذا قيس به، فقد روي أنه نزلها أكثر من ثلاثمائة صحابي.

= كان من بين هؤلاء الصحابة الذين نزلوا العراق لجوم لامعة في الفقه والفتيا كعبدالله بن مسعود الذي قال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم من سره أن يقرأ القرآن كما أنزل فليقرأ على قراءة ابن أم عبد " [١٩٧] وقال فيه سيدنا عمر " كنيف مليء علماً " [١٩٨].

---

(١٩٦) تزيين المسالك في مناقب الإمام مالك ، للسيوطي ص ٧٠ طبعة سنة ١٣٢٥ ومعه مناقب الإمام مالك للشيخ عيسى الزواوي والإنصاف في بيان أسباب الإختلاف للدهلوي : ٣٨ .

(١٩٧) حلية الأولياء لأبي نعيم ١٢٤/١.

(١٩٨) تذكرة الحفاظ للحافظ الذهبي ١٤/١ .

= أنها كانت مركز الخلافة بعد المدينة وقد هيأ لها وضعها الجديد أن تكون قبلة للناس وأن يؤمها العلماء من الصحابة ويقصدوها كما خلق هذا الوضع ضرباً من المنافسة بينها وبين الحجاز .

مدرسة الحجاز أو مدرسة الحديث :

مدرسة الحجاز هي أسبق المدارس الفقهية في الظهور، ويعزي ذلك إلى أن الحجاز هو المركز الأول للتشريع الاسلامي ففيه نزل القرآن الكريم وحدث الرسول صلى الله عليه وسلم بالسنة القولية، ومارس التشريع العملي بما كان يفعله في صلاته وطهارته وسائر أفعاله وبما كان يفعله الصحابة فيقرهم عليه، وفيه قضى الخلفاء الراشدون قضاياهم وأفتى كبار الصحابة فتياهم فيما كان يعرض لهم من مشاكل عملية.

مميزات مدرسة الحجاز:

تميزت مدرسة الحجاز عن سواها من المدارس الفقهية باهتمام المسلمين من خارج الحجاز بفقهها وقد انعكست مظاهر هذا الإهتمام في :

= أن أهل الامصار الأخرى كانوا يرجعون إليها في العلم والفقه ويستشيرون فقهاءها فيما يشكل عليهم من المسائل ، قال الإمام مالك: " كان ابن مسعود يسأل في العراق عن شيء فيقول فيه ثم يقدم المدينة فيسأل فيجد الأمر على غير ماقال ، فإذا رجع لم يحط رحله ولم يدخل بيته حتى يرجع إلى ذلك الرجل فيخبره بذلك "[١٩٩] .

= أن العلماء كانوا يفدون إلي الحجاز طلباً للعلم من الأقطار الأخرى فقد رحل إليها ابن شهاب من الشام وجمع من أحاديثها الكثير .

---

(١٩٩)ترتيب المدارك للقاضي عياض ٣٩/١ طبعة المغرب .

= أن علماءه كانوا يرحلون إلى الأمصار الأخري نشراً لما عندهم من السنة فقد ذهب إلى الشام عبدالملك بن مروان ، وقبيصة بن ذؤيب، وذهب إلى العراق – في عهد أبي جعفر المنصور- هشام بن عروة ، ومحمد بن اسحق ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وربيعة الرأي . .

أصل مدرسة الحجاز :

وأصل مدرسة الحجاز في عصر الصحابة سيدنا عمر بن الخطاب ، وزيد ابن ثابت ، وعبدالله بن عمر ، والسيدة عائشة، يقول الإمام مالك : " كان أعلم الناس عندنا بعد عمر زيد وكان إمام الناس عندنا بعده ابن عمر، وكان سعيد ابن المسيب جل مايفتي به من فتاوى زيد وكان يقول هو أعلم من تقدمه بالقضاء وأبصرهم بما لم يرد عليه فيه شيء "[٢٠٠].

وعن هؤلاء الصحابة في الحجاز أخذ الفقهاء من التابعين واشتهر من بينهم الفقهاء السبعة الذين يمثلون ركناً أساسياً في هذه المدرسة وإنما قيل الفقهاء السبعة لأنهم كانوا بالمدينة في عصر واحد ينشر عنهم العلم والفتيا مع أنه كان في عصرهم جماعة من فقهاء التابعين إلا أنه لم يكن لهم مثل مالهم [٢٠١].

وتختلف الروايات الفقهية في عد هؤلاء الفقهاء السبعة لكن الذي عليه جل المؤرخين أن الفقهاء السبعة هم :

١) سعيد بن المسيب (ت ٩٣ هـ) .

٢) سليمان بن يسار (ت١٠٧هـ) .

٣) القاسم بن محمد بين أبي بكر الصديق (ت١٠٨هـ) .

(٢٠٠)تهذيب تاريخ ابن عساكر ٤٤٨/٥ .

(٢٠١)شذرات الذهب لابن العماد ٣٧٤/١ طبعة دار ابن كثير سنة ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦ تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط – مطبعة روضة الشام ١٣٣٢هـ .

٤) أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (ت ٩٤هـ) .

٥) عروة بن الزبير بن العوام (ت ٩٤ هـ) .

٦) عبيد الله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود (ت ٩٨ هـ) .

٧) خارجة بن زيد بن ثابت (ت ١٠٠هـ) .

ولاشتهار الرواية الأخيرة في عهدهم نظمهم الشاعر فقال :

إذا قيل من في العلم سبعـــة أبحر | روايتهم عن العلم ليست بخارجة
فقل : هم عبيد الله ، وعروة قاسم | سعيد أبو بكر ، سليمان ، خارجة

وقد كان لهؤلاء الفقهاء السبعة دور كبير في إنعاش حركة الفقه في المدينة، ووصل حلقات هذه المدرسة بعضها ببعض، فهم الذين حملوا فقه الصحابة الذين كانوا بالمدينة ومروياتهم من الحديث وجملة فتاواهم وأقضيتهم وأسلموا ذلك كله إلى من جاء من بعدهم بعد أن أضافوا إليه الكثير من تخريجاتهم وآرائهم في حدود الأسلوب والنظام الذي ورثوه عن شيوخهم في المدينة .

اتجاه مدرسة الحجاز في الفقه :

كانت مدرسة الحجاز أو مدرسة المدينة تتجه في أسلوبها الفقهي إلى الإعتماد على أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم؛ ولهذا سميت بمدرسة الحديث ويدخل في مصطلح أهل الحديث هذا أيضاً الإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل اللذان ظهرا بعد هذه المدرسة بزمن طويل لأنهما ارتضيا اتجاهها فيما يتصل بالاعتماد على النصوص وعدم التوسع في استخدام الرأي والاجتهاد .

هذا ويمكن إرجاع العوامل التي أدت إلى أن تعتمد هذه المدرسة على الحديث إلى :

أ - أن السنن والآثار كانت كثيرة عند أهل الحجاز لأن الصحابة الذين بقوا في المدينة أكثر من غيرهم ، ولدى كل منهم من المرويات ماليس عند الآخر .

ب - أن الحوادث التي كانت تعرض لأهل الحجاز كانت قليلة بالقياس إلى الحوادث التي ظهرت في العراق؛ لأن مجتمعهم كان مجتمعاً بسيطاً لم يعرف التعقيد الذي عرفه مجتمع العراق.

جـ - إن مجتمعهم كان مجتمعاً بدوياً بعيداً عن روح الفلسفة والمنطق التي حفل بها مجتمع العراق فساعد هذا على استقرار نزعة الحديث بينهم .

مدرسة العراق أو مدرسة الرأي :

تفرعت مدرسة الكوفة عن الصحابة الذين نزلوا العراق، وأشهرهم في التصدي للفتوى سيدنا عبدالله بن مسعود رضي الله عنه روي عن الشعبي أنه قال : " مادخلها أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع علماً ولا أفقه صاحباً منه يعني ابن مسعود [٢٠٢] ويليه سيدنا علي في التأثير في هذه المدرسة حيث أخذ عنه بعض أهل الكوفة أثناء مقامه بينهم ، وفيما عدا هذين الصحابيين فإن لكثير من الصحابة الذين نزلوا العراق واستوطنوه مثل سعد بن أبي وقاص ، وأبي موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وغيرهم تأثيراً في هذه المدرسة إلا أن الأثر البين فيها يرجع إلى سيدنا عبدالله بن مسعود، وأشهر من انتهى إليه فقه هؤلاء الصحابة من التابعين في الكوفة علقمة بن قيس النخعي (ت ٦١ هـ) والأسود بن يزيد النخعي (ت ٧٤هـ) ومسروق بن الأجدع الهمداني (ت ٦٣ هـ) وشريح بن الحارث القاضي (ت ٨٢هـ) .

---

(٢٠٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ١١/٦ طبعة دار صادر بيروت .

وفي علم هؤلاء الفقهاء من التابعين يقول سعيد بن جبير : " كان أصحاب ابن مسعود سرج هذه القرية " [٢٠٣].

منهج مدرسة العراق :

كان منهج أهل العراق منهجاً فقهياً خالصاً كما كان منهج مدرسة المدينة، وكان فقهاؤها يتجنبون الخوض في تفسير القرآن في غير المسائل المتعلقة بالأحكام وكان فقههم مؤسساً علي مرويات شيوخهم من الصحابة وراجعاً إلى فتاواهم وكانوا فيما عدا ذلك يستخدمون الاجتهاد بالرأي بناء على أن الشريعة عندهم معقولة المعنى، فكانوا يكثرون من القياس ويفتون في المسائل قبل وقوعها وقد أطلق على مسلكهم هذا " الفقه الفرضي " ولاكثارهم من الرأي وفرضهم المسائل قبل وقوعها وإيجاد حلول لها سموا " بأهل الرأي " والأسباب التي دعتهم لاستخدام الرأي هي :

أ – أنه لم يكن لديهم من الأحاديث والآثار ثروة كالتي كانت عند أهل الحجاز فهم وإن اعتمدوا على مرويات شيوخهم من الصحابة إلا أن من بقي من الصحابة في المدينة كان أكثر فنتج عن هذا أن كثرت الأحاديث في الحجاز وقلت في العراق فدفع هذا أهل العراق إلى الاجتهاد بالرأي يقول ابن خلدون : " وكان الحديث في العراق قليلاً فأكثروا من القياس ومهروا فيه" [٢٠٤].

ب – أن الوقائع كانت في مجتمع العراق أكثر من الوقائع والأحداث في مجتمع الحجاز فقد كان مجتمع العراق مجتمعاً متسعاً يموج بعناصر مختلفة من البشر فدفع هذا أهل العراق لاستعمال رأيهم لمواجهة هذه الأحداث والوقائع .

---

(٢٠٣) مناقب أبي حنيفة للكردري ٥٧/١ .

(٢٠٤) مقدمة ابن خلدون ٤٤٦/١ .

جـ - أن العراق كانت مهداً للفتن وموطناً للنحل المختلفة المتصارعة فقد كانت موطن الشيعة ومقر الخوارج، ومثار الجدل.

وقد أدى وجود هذه النزعات المختلفة فيها إلى الجرأة على وضع الأحاديث ورأى فقهاء العراق كل ذلك فكان سبباً في تشددهم في رواية الحديث والتزامهم فيه شروطاً لم يلتزمها غيرهم مما كان سبباً في قلة الأحاديث لديهم واستعاضتهم عن ذلك باتساع الأخذ بالرأي.

المقارنة بين مدرستي أهل الرأي وأهل الحديث :

إن ظهور مدرسة الرأي في العراق ومدرسة الحديث في الحجاز لايعني أن العراق لم يكن من بين فقهائها من يجنح إلى الحديث فقد اشتهر من بين فقهائها " الشعبي " وكان يقل من الفتوي عموماً ويعتمد على الحديث ويكره الرأي وينفر من الفقه الفرضي كما كان بين فقهاء الحجاز " ربيعة الرأي " وكان معروفاً باستخدامه لرأيه ولذلك سمي به فقيل " ربيعة الرأي " .

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن وصف أهل الحجاز بأهل الحديث لايعني بحال تجريدهم من استعمال الرأي إذا دعت ضرورة لذلك كما أن وصف أهل العراق بأهل الرأي لاينفي عنهم سمة الإقدام على الحديث والإفتاء بناء عليه إذا صح لديهم الحديث فأهل العراق وإن اشتهروا بالرأي فإن فقههم لايقوم على الرأي وحده لأن الرجوع إلى النصوص فيما فيه نص أمر مقرر لازم بإجماع علماء المسلمين كما أن أهل الحديث وإن اشتهروا بالحديث فإنهم لايمكن أن يقفوا جامدين أمام النصوص لايتفهمون عللها وغاياتها ولايفهمون مقصد الشارع منها هذا مع كثرة النوازل التي تعرض لهم وتحتم عليهم استعمال الرأي فيما لانص فيه ، وإقرار الشريعة لمبدأ الأخذ بالرأي .

فليس الإختلاف بين العراقيين والحجازيين في حقيقة الأمر اختلافاً في الأخذ بالرأي وعدم الأخذ به ولعلهم هنا يتفقون جميعاً ، وإنما اختلافهم في آمر آخر وهو أن الحديث كثر عند فريق فأكثر من الأخذ به وأقل من الرأي، وقل عند فريق آخر فأكثر من الأخذ بالرأي مع إقرار الكل بالأخذ بالرأي والحديث، وقد أدرك هذا المعنى بعض المؤرخين المعاصرين فنبهوا إليه يقول الحجوي بعد أن تحدث عن منهج كل من أهل العراق والحجاز" على أن التحقيق الذي لاشك فيه أنه مامن أمام منهم إلا وقد قال بالرأي ومامن امام منهم إلا وقد تبع الأثر إلا أن الخلاف وإن كان ظاهره في المبدأ لكن في التحقيق إنما هو في بعض الجزئيات يثبت فيها الأثر عند الحجازيين دون العراقيين فيأخذ به الأولون ويتركه الآخرون لعدم اطلاعهم عليه، أو وجود قادح عندهم " (٢٠٥) .

نماذج للاختلافات الفقهية بين أهل الحجاز وأهل العراق:

أ - اختلافهم في الأقراء الواردة في قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " ماهي ؟ هل هي الاطهار أي الأزمنة التي بين الدمين فتخرج المعتدة من العدة متى دخلت في الحيضة الثالثة أم هي الدم نفسه فلا تخرج من عدتها إلا إذا اغتسلت من حيضتها الثالثة ؟

ذهب جمهور أهل الحجاز إلى أن الأقراء هي الإطهار. وذهب جمهور أهل الكوفة إلى أن الأقراء هي الحيض .

والاختلاف بينهم في ذلك ليس اختلافاً حادثاً وإنما يرجع إلى اختلاف الصحابة فقد كان ابن عمر و زيد بن ثابت والسيدة عائشة منهم يرون أن الإقراء هي الاطهار

---

(٢٠٥) الفكر السامي للحجوي ٢ : ٩٥ .

وفي ذلك يقول أبو بكر بن عبدالرحمن : ماأدركت أحداً من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك " [٢٠٦] وبقولهم أخذ التابعون في الحجاز .

وكان سيدنا علي وعبدالله بن مسعود وأبو موسى الأشعري يرون أن الاقراء هي الحيض وبقولهم أخذ التابعون في العراق .

ب - اختلافهم في الإيلاء هل تطلق الزوجة فيه بانقضاء أربعة الأشهر دون أن يفيء الزوج ؟ أو يوقف بعد مضي الأربعة أشهر فإما أن يفيء أو يطلق؟

ذهب جمهور أهل الحجاز إلى أنه يوقف بعد مضي الأربعة أشهر فإما أن يفيء أو يطلق . وذهب جمهور أهل العراق إلى أن الطلاق يقع بمجرد انقضاء الأشهر الأربع مادام الزوج لم يفيء فيها .

والاختلاف في ذلك راجع إلى اختلاف الصحابة فإن الصحابة في الحجاز وعلى رأسهم عبدالله بن عمر كانوا يقولون بالوقف. والصحابة في العراق وعلى رأسهم عبدالله بن مسعود كانوا يقولون بوقوع الطلاق بمضي الأربعة أشهر.

ج - اختلافهم في الحرة إذا كانت زوجة لعبد هل تحرم بطلقتين أم بثلاث طلقات ؟

ذهب أهل الحجاز إلى أنها تحرم بطلقتين اعتباراً بحال الزوج .

وذهب أهل العراق إلي أنها تحرم بثلاث طلقات اعتباراً بحال الزوجة.

وأساس الاختلاف في ذلك يرجع إلى اختلاف الصحابة فإنهم - بعد

---

(٢٠٦) المغني لابن قدامة ٤٥٣/٧.

اتفاقهم - على تنصيف حقوق العبد والأمة اختلفوا هل يعتبر الطلاق بالزوج أو بالزوجة ؟

فرأى سيدنا عثمان وزيد بن ثابت والسيدة عائشة وهم من شيوخ الفقه في الحجاز أنه يعتبر بالزوج.

ورأى سيدنا علي وعبدالله بن مسعود وهما من شيوخ أهل العراق أن الطلاق يعتبر بحال الزوجة.

د - اختلافهم في قضاء المرأة ففقهاء الحجاز يشترطون فيمن يلي القضاء الذكورة وعلى هذا فإنهم لا يجيزون قضاء المرأة . ويرى فقهاء العراق أن الذكورة ليست شرطاً لجواز تقليد القضاء في غير الحدود والدماء . وقد استند أهل الحجاز في قولهم على حديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " .

أما أهل العراق فقد قاسوا القضاء على الشهادة فما تجوز فيه شهادة النساء ويجوز فيه قضاؤهن [(٢٠٧)].

فأهل الحجاز اعتمدوا على الحديث، وأهل العراق اعتمدوا على الرأي والقياس.

هذه صور تطبيقية للاختلافات الفقهية الواقعة بين المدرستين بعضها كما هو واضح يرجع إلى الاختلافات التي حدثت بين الصحابة ، والمثال الأخير منها يمثل الاختلاف الذي يكون أساسه ومبعثه الاعتماد على الحديث عند فريق والاستناد إلى الرأي عند فريق آخر .

---

(٢٠٧)رواه عن أبي بكرة أحمد في مسنده والبخاري والترمذي والنسائي - حديث صحيح - الجامع الصغير ٢: ٤٢٤ .

تراجم لبعض فقهاء التابعين :

سوف نتولى الترجمة هنا لبعض فقهاء التابعين مقتصرين في ذلك على سعيد بن المسيب من الفقهاء السبعة في المدينة وعكرمة مولى ابن عباس من فقهاء مكة، وعلقمة بن قيس النخعي من فقهاء الكوفة ، ونبدأ في ذلك :

- **سعيد بن المسيب :**

هو سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي (ت ٩٣هـ) رأس الفقهاء السبعة المشهورين كان كما يقول ابن سعد في طبقاته عنه: " ثقة كثير الحديث ثبتا مفتياً مأموناً ورعاً عالياً رفيعاً "[٢٠٨] أخذ الفقه عن فقهاء الصحابة في المدينة فتكونت له بذلك ذخيرة ممتازة من الحديث وفتاوي الصحابة وأقضيتهم حتى قال في ذلك هو عن نفسه : " مابقي أحد أعلم بكل قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل قضاء قضاه أبوبكر ، وكل قضاء قضاه عمر ، قال الراوي وأحسب أنه قال : وكل قضاء قضاه عثمان وعلي "[٢٠٩] .

- **عكرمة مولى ابن عباس :**

هو عكرمة المغربي البربري مولى عبدالله بن عباس، حرص ابن عباس على تعليمه القرآن والسنة وقد برز فيهما وبجانب ذلك برز في التفسير بحكم تلمذته لابن عباس وصار علماً من الأعلام في زمنه توفي سنة ١٠٥ هـ وقيل سنة ١٠٧هـ .

---

(٢٠٨)الطبقات لابن سعد ١٤٣/٥ طبعة دار صادر ببيروت .

(٢٠٩)طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٤ .

- **علقمة بن قيس النخعي :**

هو علقمة بن قيس بن عبدالله بن مالك النخعي الكوفي ولد في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم وكان من المتأثرين بعبدالله بن مسعود وطريقته في الفتوي وأحد الذين آل إليهم فقهه وعنه أخذ ابراهيم النخعي والشعبي وابن سيرين توفي سنة ٦١ هـ .

المبحث الثالث

عصر الأئمة المجتهدين

يبدأ هذا العصر من أوائل القرن الهجري الثاني ويمتد حتي القرن الرابع الهجري، ويسمى بعصر الأئمة المجتهدين، لأن الأئمة المجتهدين الأعلام الذين عرفهم تاريخ الفقه الاسلامي ولايزال الناس حتى اليوم يتبعون مذاهبهم ويعتمدون على فروعهم قد برزوا وتألقوا فيه، ويسمى أيضاً بعصر التدوين؛ وذلك لأن تدوين العلوم الاسلامية من سنة وفقه وأصول فقه قد بدأ فيه، ويسمى بعصر الازدهاروالعصر الذهبي للفقه الاسلامي؛ لأن الفقه فيه قد ازدهى وازدهر وتنامى بصورة رائعة لم يسبق لها مثيل من قبل ولا جدٌ لها نظير من بعد .

وتعود أسباب ازدهار الفقه في هذا العصر وفق الكيفية السابقة إلى جملة عوامل وأسباب يمكن إجمالها في الآتي :

أ - اتساع رقعة الدولة الاسلامية التي تباعدت أطرافها في هذا العصر الوسيط من أسبانيا إلى الصين وشملت ترتيباً على ذلك برعايتها كثيراً من الشعوب المختلفة في عاداتها وتقاليدها وأعرافها وكانت هذه الشعوب بحاجة إلى قوانين يرجع إليها قضاتها فأزكى هذا الأمر في نفوس علماء المسلمين روح البحث ودفعهم إلى بذل كثير من الجهود لمجابهة الحياة الجديدة وماطرأ معها من تشابك في المعاملات وصور العلاقات .

ب - أن المسلمين كانوا حريصين على أن تأخذ أعمالهم الوصف القانوني الديني، ولهذا كانوا يحرصون في الرجوع إلى رجال الشريعة والفقه

مستفتين إياهم في كل مسألة تعرض لهم .

جـ - التطور الطبيعي للفقه الاسلامي : فقد بدأ أولاً معتمداً على النصوص في القرآن والسنة ثم كان من بعد اجتهاد الصحابة حين دعت الحاجة العملية إليه في عصرهم ثم بدأت المناهج والاتجاهات والمدارس الفقهية تبدو وتتضح في عصر التابعين نتيجة تفاعل الفقه مع البيئات التي دخلها وختم ذلك كله بتطوره الرائع في هذا العصر والذي كان واحداً من أسبابه عامل التدرج الطبيعي التلقائي لهذا الفقه.

د- عناية الخلفاء بالفقه والفقهاء: كان من بين أسباب ازدهار الفقه أيضاً في هذا العصر الاهتمام المطلق الذي لقيه الفقه الاسلامي من خلفاء بني العباس، ويرجع ذلك إلي أن دولتهم دولة دينية فلا بد من أن يبرز اهتمامها بالفقه كما أن الفقهاء هم أهل المشورة والنظر للحاكم العادل الصادق؛ لهذا حرص الخلفاء في الرجوع إليهم والاهتمام بهم وبشؤونهم ويتضح اهتمام الخلفاء العباسيين بالفقهاء في جملة مظاهر منها: تقريبهم لهم والرجوع إلى آرائهم فالرشيد يطلب من أبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة أن يضع له قانوناً للشؤون المالية تسير عليه الدولة فيستجيب أبو يوسف ويضع كتابه " الخراج " والمنصور يطلب من الامام مالك أن يضع للناس كتاباً في الفقه يتجنب فيه رخص ابن عباس وشدائد ابن عمر فيضع كتابه الموطأ ثم يحاول المنصور والرشيد حسب اختلاف الروايات في ذلك حمل الناس جميعهم عليه فيأبى الامام مالك بحجة أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم توزعوا في الامصار المختلفة وكل عنده علم وفقه وكل على حق ولاضير في اختلافهم.

ومن مظاهر اهتمام الخلفاء بالفقه في هذا العصر حرصهم على أن يتعلم أبناؤهم الفقه وأن يتعرفوا على شؤون دينهم، وفي ذلك يروي أن هارون الرشيد بعث إلى الامام مالك يستحضره مجلسه ليسمع منه ولداه الأمين والمأمون فقال له يا أبا عبدالله ينبغي أن تختلف إلينا حتى يسمع صبياننا منك الموطأ قال : قلت أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج فإن أنتم أعززتموه يعز وإن ذللتموه ذل. والعلم يؤتي ولا يأتي فقال : صدقت أخرجا إلى المسجد حتى تسمعا مع الناس - قال مالك: بشريطة ألا يتخطيا رقاب الناس ويجلسا حيث ينتهي بهما المجلس ، فحضراه بهذا الشرط.

ولقد كان من مظاهر اهتمامهم بالفقه توحيد مذهب القضاء فقد عين هارون الرشيد أبا يوسف صاحب أبي حنيفة قاضياً للقضاة فأصبح تعيين القضاة في كل أركان الدولة من اختصاصه وكذلك عزلهم وقد مكن هذا للمذهب الحنفي أن يغدو هو المذهب الرسمي للدولة وبهذا المسلك ضاقت دائرة الاختلاف لأن تعدد القضاة مع اختلاف المذاهب من لوازمه صدور أحكام مختلفة في المسألة الواحدة المختلف على حكمها.

هـ- **حرية الرأي** : من أسباب ازدهار الفقه في هذه الفترة حرية الرأي، وحرية الرأي مبدأ مكفول لكل مسلم في كافة الأمور فللمسلم أن يبدي رأيه في شؤون الحكم وشؤون الحياة المختلفة بل يجب عليه ألا يسكت عن إظهار الحق عملاً بمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وعلى هذا المبدأ كان المسلمون يبدون آراءهم في شتى الشؤون السياسية وغيرها

ومن بينها الشؤون الفقهية فقد كان للفقهاء الحرية في أن يفتوا في أي مسألة بما يرون لاتحكمهم في ذلك إلا ضمائرهم فنتج عن هذا ازدهار الفقه لأن الحرية تفتح المجال رحباً وواسعاً للافتاء .

و - إحاطة الفكر الاسلامي بثقافات متعددة:

كذلك من أسباب ازدهار الفقه استيعاب الفكر الاسلامي لثقافات الامم المختلفة، فقد استفاد الفكر الاسلامي من المنطق والفلسفة في علم الكلام وفي أصول الفقه ومن فائدته في أصول الفقه أن العقل الفقهي استطاع أن يضبط النظر الاجتهادي ويضع له الأدوات والقوانين التي ساعدت بدورها في إذكاء حركة الفقه ونشاطه .

ز - التدوين:

يعد التدوين في هذا العصر عاملاً من العوامل التي أسهمت بدور كبير في نشاط الحركة الفقهية فقد دونت السنة النبوية وغدت مادة جاهزة يعتمد عليها المفتون ، ودون الفقه وظهرت المصطلحات الفقهية الفرض والواجب والمكروه والمندوب والمباح، وكل ذلك ضبط الحركة الفقهية لأنها غدت محكومة بمنهجية أصولية مقننة ومدونة .

ح - شيوع الجدل والمناظرات:

ذكرنا من قبل أن الفقه الاسلامي عرف الاختلاف في وجهات النظر منذ عصر الصحابة لكنه في عصر الصحابة لم يكن مستفحلاً بالصورة التي

آل إليها في عصر التابعين وفي هذا العصر وهو عصر الأئمة المجتهدين كثر الاختلاف وقاد بدوره إلى مناظرات لأن الاتجاهات قد وضحت وكل اتجاه يؤمن بما عنده إيماناً قوياً وراسخاً فدفعه هذا الإيمان إلى الدفاع القوي عن آرائه، وقد تبلور كل ذلك في مناظرات بين الفقهاء لعل من أبرزها المناظرة الفقهية المشهورة بين الإمام الليث والإمام مالك حول عمل أهل المدينة والاحتجاج به، والمناظرات التي دارت بين محمد بن الحسن الشيباني والإمام الشافعي وقد كان لهذه المناظرات فوائد لعل أبرزها شحذها للأذهان وتعميقها للأفكار وتوجيهها المتناظرين إلى التسلح بالمنطق والبراعة فيه كما أنها أدت إلي التقارب بين الفقهاء فالتناظر بين أهل الرأى وأهل الحديث قاد إلى التقارب بينهم وأن يتعرف كل منهم على ماعند الطرف الآخر(٢١٠) .

ط- تدوين أصول الفقه :

لعلّ من أهم العوامل التي أسهمت في ازدهار الفقه الإسلامي في هذا العصر - عدا العوامل السابقة - تدوين قواعد أصول الفقه الذي تم على يد الإمام الشافعي في كتابه " الرسالة " التي تعد بمثابة المادة الأولى لهذا العلم العظيم .

ودور تدوين أصول الفقه في ازدهار الفقه يأتي من جانبين مهمين :

أولهما : أنه أدى إلى التقارب بين مدرستي الحجاز والعراق اللتين مرتا

(٢١٠) راجع في هذه الأسباب تاريخ الاسلامي للشيخ محمد الخضري ص ١٢٨ ومابعدها . و المدخل للفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور علي حسن الشاذلي ص ٢٧٦ ومابعدها، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ص ٦٧ ومابعدها .

بمرحلة صراع مرير بسبب تباعد مسافة الخلاف بينهما فساعد تدوين الامام الشافعي لقواعد الأصول وبخاصة قواعده في السنة إلى تقريب شقة الخلاف بينهما ، وفي هذا المعنى يقول شاه ولي الله الدهلوي : " فإن قلت ما السبب في أن الأوائل لم يتكلموا في أصول الفقه كثير كلام فلما جاء الامام الشافعي تكلم فيه كلاماً شافياً وأفاد وأجاد ، ثم يجيب فيقول : " سببه أن الأوائل كان يجتمع عند كل واحد منهم أحاديث بلده وآثاره ولا تجتمع أحاديث البلاد ، فإذا تعارضت عليه الأدلة في أحاديث بلده حكم في ذلك التعارض بنوع من الفراسة ، بحسب ما تيسر له ، ثم اجتمع في عصر الشافعي أحاديث البلاد جميعها فوقع التعارض في أحاديث البلاد وكثر الشغب وهجم على الناس من كل جانب من الاختلافات مالم يكن بحساب فبقوا متحيرين مدهوشين لا يستطيعون سبيلاً حتى جاء تأييد من ربهم فألهم الشافعي قواعد جمع هذه المختلفات وفتح لمن بعده باباً وأي باب "[٢١١] .

ثانيهما : أن تدوين أصول الفقه أسعف الفقهاء بالقوانين والقواعد التي تمكنهم من استنباط الأحكام من الأدلة ، ولاشك أن اسعاف الفقهاء بتلك القوانين كان حافزاً لهم للاقبال على الاجتهاد وبالتالي أدى إلى ازدهار الفقه ونمائه بكثرة التفريع فيه في ذلك العصر .

المذاهب الفقهية التي ظهرت في هذا العصر :

ظهرت في هذا العصر مذاهب فقهية مختلفة بعضها سني وبعضها شيعي

---

(٢١١) الانصاف في بيان الأسباب التي أوجبت الاختلاف لشاه ولي الله الدهلوي ص ٣٦ ، والفكر الأصولي للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ص ٧١ .

وبعضها سوى هذين، فمن مذاهب أهل السنة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والحسن البصري والأوزاعي وسفيان الثوري والليث بن سعد وسفيان بن عيينه وإسحق بن راهوية، وأبو ثور، وابن جرير الطبري .

ومن مذاهب الشيعة الزيدية والشيعة الامامية الاثنا عشرية والاسماعيلية ومن مذاهب الخوارج : الأباضية والأزارقة والنجدات .. وسوف نتحدث عن كل مذهب من هذه المذاهب متناولين تاريخه وحياة إمامه ومنهجه في الاستنباط بادئين في كل ذلك بالمذهب الحنفي وهو أقدم المذاهب السنية.

المذهب الحنفي

هو أقدم المذاهب السنية الأربعة المشهورة إمامه الإمام الأعظم أبو حنيفة " النعمان بن ثابت بن زوطي فارسي الأصل ولد سنة ٨٠ هـ بالكوفة احترف في بداية حياته تجارة الخز وعرف فيها بالأمانة وصدق المعاملة، وقد أكسبته مزاولته للتجارة جانباً عملياً وهو معرفة الأسواق ومايجري فيها وطرق التعامل المالي بين الناس، ولما اتجه إلى العلم بدأ أولاً بعلم الكلام ثم لما رأى أن لافائدة عملية فيه تركه واتجه إلى الفقه فنبغ فيه حتى صار إمام مذهب مقدم .

أساتذته :

أخذ الإمام أبو حنيفة الفقه من حماد بن أبي سليمان ويعتبر حماد هذا من أكثر الأساتذة الذين أثروا في تفكيره وساعدوا في تكوينه فقد لازمه ثماني عشر

سنة، ومن الذين أخذ عنهم زيد بن علي زين العابدين وجعفر الصادق وعبدالله بن حسن وهو أبو محمد النفس الزكية .

المدرسة التي ينتمي إليها الإمام أبو حنيفة :

كان الإمام أبو حنيفة ينتمي في منهجه الفقهي وطريقته في الفتوى وتفريع الأحكام إلى مدرسة الرأي التي كان موطنها الكوفة، وقد أتته تعاليم هذه المدرسة عن طريق شيخه حماد بن أبي سليمان الذي أخذ عن ابراهيم النخعي الذي أخذ هو الآخر عن علقمة بن قيس النخعي الذي أخذ عن عبدالله بن مسعود، وبذلك تسلسلت هذه المدرسة حتى وصلت إلى الإمام أبي حنيفة ويعتبر الإمام أبو حنيفة قمتها في النضوج والتألق ولهذا لقب بإمام أهل الرأي .

طريقة الإمام أبي حنيفة في استنباط الأحكام :

وردت طريقة الامام أبي حنيفة على لسانه هو نفسه في القول الذي أثر عنه وفيه وضح منهجه الذي يعتمد عليه في الفتوى قال : " إني أخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات فإذا لم أجد في كتاب الله ولاسنة رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت وادع قول من شئت ثم لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم فإذا انتهى الأمر إلى ابراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وعدد رجالاً قد اجتهدوا فلي أن اجتهد كما اجتهدوا " [٢١٢] .

ومن قوله هذا يتضح لنا أنه كان يعتمد أولاً على القرآن فإن لم يجد فيه

(٢١٢) الفكر السامي للحجوي ١ : ٣٥٤ .

حكم المسألة كان يعتمد على السنة، وفي السنة كان لايأخذ إلا بالآثار التي فشت على أيدي الثقات وذلك للظروف التي أحاطت ببيئته وجعلته كثير الاحتياط في قبول الأحاديث التي تروي فيها لما أحاط بها من ظروف وضع الأحاديث ولبعدها أيضاً عن موطن السنة الأول وهو الحجاز. ثم ذكر أنه يأخذ بقول الصحابي ويتخير من أقوال الصحابة إذا اختلفوا فإذا انتهى الأمر إلى التابعين كان يجتهد كما اجتهدوا : " فإذا انتهي الأمر إلى ابراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلي أن اجتهد كما اجتهدوا " .

هذا وأخذه بفتوى الصحابة يدل على أنه بالضرورة كان يأخذ بالإجماع وهو مصدر مقدم على فتاوى الصحابة، ثم بعد فتاوى الصحابة كان يعتمد على القياس والاستحسان والعرف وكانت هذه المصادر الثلاثة وهي مصادر اجتهادية تشكل جانباً كبيراً في فقهه ؛ ولإكثاره من الاعتماد عليها سمي مذهبه بمذهب أهل الرأي .وقد جر عليه اعتماده الكثير على الرأي تهمة عدم الاهتمام بالحديث وقلة بضاعته منه وتقديمه الرأي والقياس عليه وهذه التهم مردودة بوجهين :

أولهما :

قوله هو نفسه : " ليس لأحد أن يقول برأيه مع نص من كتاب الله أو سنة أو إجماع " وهذا النص واضح وصريح في أنه لم يكن يعتمد على رأيه مع وجود الحديث (٢١٣) .

ثانيهما :

أنه قد عمل بالحديث في مواطن كثيرة مع أنه يخالف القياس ومن

(٢١٣) أبو حنيفة النعمان ومذهبه في الفقه للدكتور محمد يوسف موسى ص ٦٥ و المدخل للفقه الاسلامي للدكتور حسن الشاذلي ص ٤٣٣ ومابعدها .

ذلك :

أ - بقاء الصوم مع الأكل ناسياً فقد قال به أخذاً بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم لمن أكل وشرب ناسياً : " تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك " مع أن القياس يقتضي فساد الصوم، لأن الصوم يعني الإمساك وبالأكل والشرب ينتفي هذا المعنى فالامام أبو حنيفة - إذن - يترك هنا القياس ويعمل بالحديث ولو كان يقدم رأيه وقياسه على الحديث لقال بفساد الصوم؛ لأن القياس يقضي بذلك كما ذكرنا.

ب - انتقاض الوضوء بالقهقهة فقد قال به الإمام أبو حنيفة اعتماداً على ماروى من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي وأصحابه خلفه فجاء أعرابي وفي بصره سوء (ضعف) فوقع في ركية فضحك بعض الصحابة فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من صلاته قال : " ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعاً " مع أن القياس يقضي ببطلان الصلاة لا انتقاض الوضوء فهنا قدم أبو حنيفة الحديث على القياس عندما صح عنده الحديث.

يضاف إلى ذلك أن الإمام أبا حنيفة ماكان قليل الرواية من الحديث، فقد رويت عنه أحاديث كثيرة ومنها مارواه الإمام أبو يوسف في كتابه الآثار ومحمد بن الحسن الشيباني في كتابه الآثار أيضاً .

وعلى كل حال فإن الإمام أبا حنيفة إذا صح عنده الحديث لم يكن يتعداه إلى الرأي والقياس لكن الأحاديث التي صحت عنده كانت قليلة لأنه كان يشترط شروطاً كثيرة للتثبت من صحة الحديث؛ وذلك لظاهرة فشو

الكذب في العراق وظهور الوضاعين فيه فما تركه من الأحاديث في بعض الحالات وعوض عنه باستخدام الرأي فهذامرجعه إلى أن الحديث لم يبلغه أوبلغه ولم يصح عنده فاجتهد بالرأي .

طريقة الإمام أبي حنيفة في بحث المسائل الفقهية :

كان الإمام أبو حنيفة يسلك مسلكاً موضوعياً في معالجته للقضايا والمسائل الفقهية فقد أثر عنه - رضي الله عنه - أنه كان يعرض المسائل الفقهية على تلاميذه ومن ثم يجري النقاش بينهم فيها فإذا انتهوا إلي رأى أملاه عليهم أو دونه أحد تلاميذه وربما بقي الخلاف بين التلاميذ وأستاذهم فيدون الرأي وما يتبعه من خلاف وبهذه الطريقة ربى الإمام أبو حنيفة تلاميذه على الاستقلال في النظر والبحث ونمى فيهم ملكة الإجتهاد منفردين .

سمات فقه مذهب الإمام أبي حنيفة :

نستطيع أن نجمل السمات العامة لفقه المذهب الحنفي في :

أ - البحث عن علل الأحكام وحكمتها وهذه الخاصية ورثها الإمام أبو حنيفة عن مدرسته مدرسة الرأي إذ كانت ترى أن الشريعة الاسلامية معقولة المعنى ، ولهذا كانت تهتم بعلل الأحكام وبحكمة التشريع لتفهم روحه وأبعاده أكثر من التعلق بظاهر نصوصه.

ب - من سمات المذهب الحنفي احتياطه التام في قبول أخبار الآحاد وهذه السمة ترجع إلى أن المذهب الحنفي نشأ في بيئة العراق التي كثر فيها وضع الأحاديث وانتشر فيها الوضاعون؛ لهذا حرص المذهب على وضع قيود كثيرة

للأخذ بخبر الآحاد حتى يضمن صحته وسلامته ومن هذه الشروط أنهم كانوا يشترطون في خبر الواحد:

- ألا يعمل راويه بخلافه ويعني هذا الشرط أن خبر الواحد لابد من أن لايخالفه عمل الراوي الواحد الذي رواه من الصحابة ، فإذا حدث اختلاف بين الرواية والعمل دل هذا علي عدم صحة الرواية .
- ألا يكون خبر الواحد في أمر تعم به البلوى، والأمر الذي تعم به البلوى هو الأمر الذي يهم الخاص والعام وذلك لأن ماتعم به البلوى تتوفر الدواعي على نقله بطريق التواتر أو الشهرة فإذا ورد عن طريق الآحاد كان ذلك دلالة على عدم صحته.
- أن يكون الحديث موافقاً للقياس إذا كان الراوي غير فقيه ، ويعنون بهذا الشرط أن خبر الواحد ينبغي أن يكون منسجماً مع القياس مقبولاً من جهة العقل إذا كان راويه غير فقيه؛ وذلك لأن الراوي غير الفقيه قد لايفقه ويفهم معنى الحديث. فينقله خطأ فلا بد إذن من ضمانة في مثل هذه الحال والضمانة هي ألا يتجافى الحديث عن القياس وأن يكون مقبولاً من الوجهة العقلية.

جـ - من سمات المذهب الحنفي " الاستحسان " وهو استثناء المسائل الجزئية من الأصل الكلي العام ، وهو دليل اجتهادي عملي كان يعتمده الإمام أبوحنيفة لمعالجة المفارقات التي يبرزها الواقع ومعالجة الضرورات التي يمليها ، وفي ذلك يروي أن الإمام أبا حنيفة كان أصحابه ينازعونه المقاييس

فـإذا قـال اسـتـحـسن لم يلحق بـه أحـد " وأنـه كـان يمضي الأمـور[٢١٤] على القياس فإذا قبح القياس كان بعنيها على الاستحسان ، وقد جاء تلاميذ الإمام من بعده فضبطوا هذا الدليل الاجتهادي وعرفوه وقسموه إلى أقسام واستدلوا له بطريقة وافية كما هو موضح في القسم الخاص بدراسة المصادر الاجتهادية [٢١٥] .

تلامذة الإمام أبي حنيفة وكتبه :

لم يدون الإمام أبو حنيفة فقهه وإنما كان يملي أقواله على تلاميذه فيكتبونها عنه ويذكر المؤرخون أن للإمام أبي حنيفة كتباً كثيرة منها كتاب (العلم والتعلم والرد على القدرية ، والفقه الأكبر ، كما أن له كثيراً من الأحاديث التي رواها وجمعها تلميذاه أبو يوسف ومحمد في كتابيهما " الآثار) .

أما تلاميذه فهم أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد اللؤلؤي، وأشهر هؤلاء التلاميذ وأرسخهم في مذهب الإمام هما أبو يوسف ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف هو يعقوب ابن ابراهيم الانصاري ولد ١١٣ هـ وتوفي ١٨٣ هـ أخذ عن الإمام أبي حنيفة وأخذ كذلك عن مدرسة الحديث ورحل إلى مالك وأخذ عنه حديث أهل المدينة وبذلك قرب بين أهل العراق وأهل الحجاز وأفاد المذهب الحنفي بما أخذه من أحاديث أهل الحجاز .

تولى القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد وصار قاضياً للقضاة وقد كان لتوليه القضاء أثر بعيد في انتشار المذهب الحنفي إذ كان الذين يولون القضاء من

---

(٢١٤) راجع مناقب الإمام أبي حنيفة ، للموهوب المكي ١ : ٨٢ .

(٢١٥) راجع ص ٣٨٧ وما بعدها .

هذا المذهب ، كما أنه أفاد المذهب بتجربته العملية وصقله إذا لم يعد الفقه منفصلاً عن الحياة وإنما هو مواجه للحياة العامة مواجهة مباشرة عن طريق القضاء .

وللإمام أبي يوسف كثير من التآليف أشهرها كتاب " الخراج " في بيان موارد الدولة المالية ، وكتاب " اختلاف أبي حنيفة مع ابن أبي ليلى " وقد روي الكتاب الأخير الإمام الشافعي في كتابه الأم وعنون له : " هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى " وله كتاب " الوصايا " و " اختلاف الأمصار " و " الرد على مالك بن أنس " .

أما الإمام محمد فهو محمد بن الحسن الشيباني ولد سنة ١٣٢ هـ وتوفي سنة ١٨٩ هـ تتلمذ على الإمام أبي حنيفة ثم على أبي يوسف ثم رحل إلى الإمام مالك في المدينة ولازمه ثلاث سنين وسمع منه الموطأ . واتصل بالامام الشافعي ببغداد وأخذ عنه وناظره في كثير من المسائل الفقهية ومناظراته له مشهورة .

وللإمام كتب كثيرة وقد وصلت إلى عصورنا كاملة ، وقد اهتم بها فقهاء الحنفية وتولوها بالشرح والتعليق والاختصار ، وهي من حيث الثقة بنقلها تنقسم إلى قسمين :

- مانقله الثقاة عن الإمام محمد وهذه تسمى بكتب ظاهر الرواية وهي المبسوط، والزيادات ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير . ، والسير الكبير ، والسير الصغير ، وسميت بكتب ظاهر الرواية لأنها رويت عن صاحبها الإمام محمد برواية الثقات ويلتحق بها كتاب الآثار وفي هذا الكتاب جمع محمد بن الحسن الآثار من أحاديث وفتاوى الصحابة التي يحتج بها الحنفية في مذهبهم ومن كتبه أيضاً الرد على أهل المدينة رواه

الامام الشافعي في كتابه الأم.

- وقد اختصر كتب ظاهر الرواية محمد بن الحاكم المشهور بالحاكم الشهيد المرزوي في كتابه الكافي وقد شرحه جماعة منهم " السرخسي " في كتابه "المبسوط" وهو كتاب مطبوع متداول اليوم ويقع في ثلاثين جزءا.
- الثاني كتب لم تبلغ مبلغ كتب ظاهر الرواية في صحتها والثقة بها وليس لها مثل مالتلك من الاشتهار وتسمى بكتب النوادر أو مسائل النوادر أو كتب غير ظاهر الرواية وهي الكيسانيات ، الهارونيات الجرجانيات ، الرقيات ، زيادة الزيادات .

ومن تلاميذ الإمام أبي حنيفة زفر بن الهزيل وهو زفر بن الهزيل بن قيس عربي من تميم وكان والده والياً على البصرة ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨ هـ تفقه على الإمام أبي حنيفة وغلب عليه الرأي حتى كان أكثر أصحاب الإمام أبي حنيفة أخذاً بالقياس ولقد جمع زفر بين العلم والعبادة وظل مشتغلاً بالعلم حتى وفاته .

البلاد التي انتشر فيها المذهب الحنفي :

انتشر المذهب الحنفي في بلاد كثيرة فقد بدأ في الكوفة ثم انتشر في بغداد ثم مصر والشام وبلاد فارس والروم واليمن والهند وفارس والصين وبخارى والأفغان والقوقاز وتركستان الشرقية والغربية والبرازيل[٢١٦].

---

(٢١٦) المذاهب الفقهية الأربعة للعلامة أحمد تيمور باشا ص ٥١ .

المذهب المالكي

ينتسب المذهب المالكي إلى الإمام أبي عبدالله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الذي كان ميلاده بمدينة الرسول صلى الله عليه وسلم في سنة ٩٣ هـ من أسرة عربية ينتهي نسبها إلى قبيلة يمنية هي ذو أصبح وعاش حياته كلها بالمدينة التي ولد فيها ولم يخرج عنها إلا لمكة حاجاً وقد توفي بالمدينة سنة ١٧٩هـ .

تلقى الإمام مالك العلم والسنة عن شيوخ كثيرين في المدينة منهم عبدالرحمن بن هرمز ، ومحمد بن شهاب الزهري، وأبو الزناد عبدالله بن ذكوان الملقب بأبي الزناد، ويحيى بن سعيد وربيعة بن أبي عبدالرحمن الملقب بربيعة الرأي .

والمدرسة التي ينتمي إليها الإمام مالك هي مدرسة أهل الحديث إذ أن فقه هذه المدرسة قد انتهى إليه عن طريق شيوخه السابقين الذين أخذوه بدورهم عن الفقهاء السبعة المشاهير في المدينة.

اصول مذهب الإمام مالك :

الأصول التي اعتمد عليها الإمام مالك في فقهه هي : القرآن ، السنة ، الإجماع، إجماع أهل المدينة، القياس ، قول الصحابي ، المصلحة المرسلة ، العرف ، سد الذرائع ، الاستصحاب، الاستحسان .

وهذه المصادر تدلنا على مدى ماكان يتمتع به هذا المذهب من خصوبة وكثرة في مصادره التشريعية وقد توسع على وجه الخصوص في العمل بإجماع أهل المدينة

كما توسع في الإفتاء بناء على المصالح المرسلة ولهذين الدليلين أثر واضح في فقهه فالفروع المبنية عليهما كثيرة فيه .

سمات المذهب المالكي:

من خلال مصادر الإمام مالك السابقة ومن خلال واقع فقهه فإن السمات التي تطبع مذهبه هي :

أ - اعتماده على عمل أهل المدينة فقد اشتهر بين المذاهب الفقهية بهذا المصدر ورآه مقدماً على خبر الواحد وعلى القياس ويرجع تمسكه بعمل أهل المدينة إلى تأثره بالبيئة المدنية وبشيوخه الذين أخذ عنهم وتفاعله المطلق مع التراث المدني الذي يراه ولابد مأخوذاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

وقد نازعه في اعتبار عمل أهل المدينة كثير من فقهاء الأمصار منهم الليث بن سعد الذي تحاور مع الإمام مالك في هذا الأصل عن طريق المراسلة بينهما، ولليث في ذلك رسالة طويلة أثبتها ابن القيم في أعلام الموقعين وفي تلك الرسالة كان الليث يرى أن عمل أهل المدينة ليس حجة ولا أولى من عمل غيرهم من فقهاء الأمصار؛ لأن الصحابة قد توزعوا في الأمصار المختلفة كل بما وعي وأخذ عن الرسول صلى الله عليه وسلم وليس الذين هم داخل المدينة بأميز ممن خرجوا منها . وقد ردّ عليه الإمام مالك برسالة طويلة بيّن فيها أدلته في الإحتجاج بعمل أهل المدينة هي :

- أن المدينة هي دار الهجرة كان بها نزول القرآن الكريم وتشريع الأحكام

تحليلاً وتحريماً .

- أن أهل المدينة حضروا الوحي والتنزيل إذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرهم وقاموا بممارسة التشريع عملياً باطاعتهم لأوامر الرسول صلى الله عليه وسلم التي كان يمليها عليه الوحي واتباعهم لسننه.
- إن أهل المدينة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم تولى أمرهم اتبع الناس له من أمته فكانوا إذا نزل بهم أمر فإن علموا فيه حكماً انفذوه، وإلا سألوا الصحابة ثم أخذوا بأقوى ماوجدوا ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون سبيلهم تلك ويتبعون خطتهم .
- إن هذا التلقي أورثهم فقه الأحكام الشرعية والعلم بالسنة هذه الوراثة التي لم يظفر بها غيرهم من أهل الأمصار الأخرى والتي ميزت عملهم عن عمل غيرهم.

ومن الذين نازعوا أيضاً في حجية عمل أهل المدينة الإمام الشافعي في كتابه الأم ، وابن حزم الظاهري في كتابه الأصولي " الإحكام في أصول الأحكام " وتبدو مظاهر اعتماد الإمام مالك على عمل أهل المدينة في فقهه في :

أ - اعتماده الكثير عليه في تفريع الأحكام الفقهية يتضح ذلك في فتاواه التي جاءت في الموطأ والتي يصدرها بقوله " الأمر المجتمع عليه " الأمر المجتمع عندنا " الأمر الذي لااختلاف عليه عندنا " السنة التي لا اختلاف فيها عندنا " الأمر الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا

" يعني بكل ذلك العمل الذي اشتهر في المدينة .

- ومن مظاهر اعتماد الإمام مالك على عمل أهل المدينة تقديمه على خبر الواحد فقد جعل عمل أهل المدينة حاكماً على أخبار الآحاد فلا يقبل خبر الأحاد إلا إذا لم يتعارض مع عمل أهل المدينة .
- ومن مظاهر اعتماده أيضاً على عمل أهل المدينة تقديمه على القياس فقد كان يرى أن الأخذ بعمل أهل المدينة أولى من القياس لأن القياس عمل عقلي محض، وعمل أهل المدينة سنة مأخوذة عن الرسول صلى الله عليه وسلم.

ب - من سمات المذهب المالكي أيضاً اعتماده على المصالح المرسلة فقد أكثر هذا المذهب من الاعتماد على هذا المصدر، والمصالح المرسلة تعني كل مصلحة لم يشهد لها من الشرع شاهد بالبطلان ولا بالاعتبار وكانت ترجع إلى حفظ مقصود شرعي أو معنى من المعاني التي جاء الدين بالمحافظة عليها.

وظاهرة الاتجاه إلى المصالح ورثها الإمام مالك عن شيوخه في المدينة فقد كان سيدنا عمر وهو شيخ من شيوخ المدرسة التي ينتمي إليها الامام مالك يعتمد في فتاواه على المصالح وكثير من فتاواه ترجع إليها، ومن صور أخذ الإمام مالك في فتاواه بالمصالح المرسلة فتواه في زوجة المفقود أنها إذا تضررت بالعزوبة تتزوج بعد أربع سنين من انقطاع خبره وذلك ترجيحاً لمصلحة الزوجة على مصلحة الزوج الغائب.

ج - من السمات البينة المميزة للمذهب المالكي اعتماده على مبدأ سد الذرائع وهو منع مايجوز إذا كان مفضياً إلى ما لايجوز ، وذلك سداً للذريعة أي الطريقة إلى المحرم والإمام مالك عمل بهذا المبدأ كثيراً واعتمد عليه في فروعه الفقهية ونص على ذلك في الموطأ فكثيراً مايذكر بعد الفتوى وذلك سداً للذريعة .

هذا والإمام مالك مع أنه ينتمي إلى مدرسة الحديث فإن فقهه لايقوم على الحديث وحده فكثيراً مايعتمد على الرأي وقد أشار الإمام مالك إلى هذا المعنى في قوله عن الموطأ : " فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الصحابة والتابعين وقد تكلمت فيه برأيي على الاجتهاد وما أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ولم أخرج من جمتلهم إلى غيرهم ".

كتب الإمام مالك:

نقل إلينا من كتب الإمام مالك كتابان هما : " الموطأ " و " المدونة " أما الموطأ فهو كتاب جمع فيه الإمام بين الحديث والفقه ، وقد ذكرنا من قبل أن الذي حمله على تأليفه أن الخليفة المنصور طلب منه ذلك ، وقد روي الموطأ عن الإمام مالك علماء كثيرون لكنه طبع بروايتين :

- رواية محمد بن الحسن الشيباني من أصحاب الإمام أبي حنيفة الذي ذكرنا أنه اتصل بالامام مالك وجالسه وأخذ عنه.

- الرواية الثانية رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي المتوفي سنة

٢١٤ هـ وهو من أتباع الإمام مالك . هذا والاختلاف بين الروايتين ليس كبيراً .

أما المدونة فقد رواها سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك وقام سحنون هذا بتصنيفها وتدوينها وهي الكتاب الأم في الفقه المالكي وأصلها الأسدية وهي المسائل التي أخذها أسد بن الفرات عن العراقيين ثم أتى مالكاً ليأخذ قوله فيها فوجده قد توفي فذهب إلى تلميذه ابن القاسم فدون عنه أجوبة تلك المسائل وقد كانت الأسدية خالية من الآثار وفيها نقص وخلط في بعض المسائل فأكمل ذلك كله سحنون بن سعيد بعد عرضه لها مرة أخرى على ابن القاسم فكانت المدونة [٢١٧] .

تلاميذ الإمام مالك:

لفرط علم الإمام مالك وفضله ومعرفته بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم فقد قصده كثير من طلاب العلم وهو في المدينة التي أبى مبارحتها إيثاراً لجوار الرسول صلى الله عليه وسلم والقرب منه، قصده طلاب العلم من الحجاز واليمن وخراسان والشام ومصر والمغرب والأندلس والقيروان، ولهذا كثر تلاميذه، ومن أشهرهم ابن القاسم وابن وهب ، وأشهب ، وعبدالله بن عبدالحكم، وأسد بن الفرات، وسحنون بن عبدالسلام بن سعيد التنوخي، وعبدالملك بن حبيب .

وسوف نعطي ترجمة موجزة لكل واحد من المذكورين .

(٢١٧) راجع كتاب محاضرات ملتقى الإمام سحنون الذي عقده مركز الدراسات الاسلامية بالقيروان بتونس في ديسمبر ١٩٩١ ص ١٠٠ بحث للأستاذ حمزة أبو فارس عن " مدونة سحنون " .

أما ابن القاسم فهو عبدالرحمن بن القاسم ولد بالشام سنة ١٢٨ هـ، تتلمذ على مالك عشرين عاماً حتى نضج فقهه، وأخذ الحديث عن مسلم بن خالد الزنجي شيخ الامام الشافعي كان معروفاً بجانب علمه بالتقوى والورع والزهد حتى كان لايقبل جوائز السلطان وكان يقول : " ليس في قرب الولاة ولا في الدنو منهم خير " كان له تأثير كبير في تدوين مذهب الإمام مالك وإليه يرجع الفضل في جمع مسائل مالك وفتاواه وتعد روايته للموطأ أصح رواية تلقى عنه سحنون " المدونة " .

كان ابن القاسم مجتهداً وخالف الإمام مالكاً في كثير من المسائل، وهو من مالك بمنزلة أبي يوسف من أبي حنيفة .

ابن وهب :

هو أبو محمد عبدالله بن وهب بن مسلم المصري ولد سنة ١٢٥ هـ تفقه على الإمام مالك وعلى الليث بن سعد وروى عنهما وعن سفيان بن عيينة وغيرهم. له كتب منها الموطأ الكبير والجامع الكبير، وكتاب تفسير الموطأ وكتاب المناسك .. توفي سنة ١٩٧ هـ.

أشهب :

هو أشهب بن عبدالعزيز بن داوود القيسي العامري ولد سنة ١٤٥هـ صحب الامام مالكاً وأخذ عنه كما تتلمذ أيضاً على الإمام الليث بن سعد فقيه مصر توفي سنة ٢٠٤ هـ بعد وفاة الامام الشافعي بقليل. ألف أشهب كتباً منها " الإختلاف في القسامة " وكتاب " فضائل عمر بن عبدالعزيز " .

عبدالله بن عبدالحكم :

ولد سنة ١٥٠ هـ بمصـر وسـمع من مـالك الموطأ ثم روي عن ابن وهب وابن القاسم وأشهب كثيراً من فقه مالك .

أصبغ بن الفرج الأموي :

تفقـه على ابن القـاسم وابن وهب وأشـهب، كـان في رأي البعض من أعلم خلق الله بمذهب مالك ومسائله.

أسد بن الفرات :

من أهل الأندلس تفقـه بالقيـروان ثم أخذ عن مـالك الموطأ ورحل إلى العـراق فتفقه بفقه الحنفية في العراق وفعل مافعله من قبله محمد بن الحسن الشيباني وهو مـحـاولة التـقـريب بين اتجـاه الرأي وأهل الحـديث تـوفي سنة ٢١٣هـ وهـو صـاحب الأسدية التي أشرنا إليها سابقاً .

سحنون التنوخي :

هو سحنون عبدالسلام بن سعيد التنوخي ولد سنة ١٦٠ هـ أصله من حمص قدم أبوه في جيش حمص إلى القيـروان فـأخذ العلم عن مـشـايخـهـا وأدرك مـالكاً لكن ظروفـه المالية حالت بينه وبين الوصول إليـه، فـرحل إلى مـصر وسـمع من فـقـهـائهـا المالكية ابن القاسم وأشهب وابن وهب وغـيرهم ثم ذهب إلى المدينة واتصل بعلمائها ثم انصرف إلى أفريقيا سنة ١٩١هـ وتولى القضـاء على عهد بني الأغلب سنة ٢٣٤ هـ فـاشـتـهر بالعـدل والنزاهة في قـضـائه توفي سنة ٢٤٥ هـ وهو الفقـيـه القيـرواني الشهير وصاحب المدونة .

عبدالملك بن حبيب :

نشأ بالأندلس وبها تعلم ثم رحل إلى مصر وأخذ عن كثير من أصحاب الإمام مالك فيها منهم ابن الماجشون وعبدالله بن الحكم ثم عاد إلى الأندلس وقد جمع علماً كثيراً فذاع صيته وقربه إليه أمير الأندلس لمشورته ، ألف كتاب " الواضحة " الذي يعتبر الأصل الثاني للفقه المالكي يعد المدونة .

محمد بن عبدالعزيز العتبي :

هو أندلسي قرطبي كان حافظاً للمسائل عالماً بالنوازل، ألف كتاباً في الفقه المالكي اسمه " المستخرجة " أو " العتبية " استخرجها من الواضحة لابن حبيب توفي سنة ٢٥٥ هـ .

الجهات التي انتشر فيها مذهب الامام مالك:

نشأ المذهب بالمدينة ثم انتقل أصحابه إلى بلاد كثيرة منها مصر والمغرب والجزائر وتونس وطرابلس والسودان، كما غلب على البصرة وبغداد حيناً من الزمن ولايزال معمولاً به في الكويت وقطر والبحرين والاحساء وفي منطقة دولة الامارات العربية المتحدة.

المذهب الشافعي

ينسب هذا المذهب إلى أبي عبدالله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع وهو قرشي هاشمي يلتقي نسبه مع الرسول صلى الله عليه وسلم في عبد مناف.

وينسب إلى شافع جده فيقال له " الشافعي " كما أنه ينسب إلى عبدالمطلب فيقال له " المطلبي " ولد بغزة سنة ١٥٠هـ توفي سنة ٢٠٤ هـ بمصر؛ وقد رحلت به أمه وعمره سنتان من غزة إلي مكة يتيماً بعد وفاة والده وفي غزة اتجه الامام الشافعي الى القرآن فحفظه وهو صغير ثم ارتحل إلى قبيلة هذيل بالبادية فسمع منهم اللغة والشعر وتبحر في كلام العرب، ثم رجع إلى مكة وأخذ في دراسة الفقه والحديث وجلس أولاً إلى شيخه مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة ولازمه مدة طويلة حتى بلغ فيه شأواً جعل شيخه يجيز له الافتاء وسمع بإمام دار الهجرة الامام مالك من أنس فأخذ موطأه وحفظه في تسع ليال ثم ارتحل إليه وجالسه وأخذ عنه الموطأ رواية.

ولقد تميزت حياة الشافعي بالرحلات والتنقل بين البلدان طلباً للمعرفة وطلباً للرزق أحياناً أخرى فقد روى أنه رحل إلى اليمن ليتولى فيه عملاً يسد حاجته واستمر به مدة .

وفي فترة لاحقة استدعاه الرشيد في العراق لاتهامه بالتشيع فبرأ من التهمة فأطلق الرشيد سراحه وأدر عليه العطاء وكان ذلك بفضل دفاع الفضل بن الربيع حاجب الرشيد عنه، و في الفترة التي قضاها الإمام الشافعي بالعراق تعرف على طريقة أهل الرأي والتقى بمحمد بن الحسن الشيباني صاحب الامام أبي حنيفة فنقل كتبه وقامت بينهما مناظرات في موضوعات فقهية عديدة ويروي أن تلك المناظرات رفعت إلى الرشيد فسر بها ويوجد كثير من تلك المناظرات بكتاب الأم ، ومن العراق اتجه الشافعي إلى الحجاز ثم قدم إلى العراق مرة ثانية في سنة ١٩٥هـ بعد أن مات هارون الرشيد وتولى ابنه الأمين وفي هذه المرة أملى كتبه في مذهبه

العراقي أو مذهبه القديم ثم رحل إلى الحجاز وعاد مرة أخرى إلى بغداد في سنة ١٩٨هـ ومنها رحل إلى مصر.

وفي مصر ظهرت مواهب الامام الشافعي ومقدرته الكلامية فأملى على تلاميذه المصريين مذهبه الجديد وظل بها إلى أن توفي سنة ٢٠٤.

ولاشك أن هذه الرحلات الكثيرة قد هيأت للإمام الشافعي أن يكون له منهج مستقل؛ ذلك أنه درس منهج أهل الحجاز كما درس منهج أهل العراق وكان له رأي فيما ذهب إليه أهل الحجاز إذ كان يخالف الامام مالكاً في الأخذ بعمل أهل المدينة ويعارضه في ذلك معارضة شديدة تمثلت في مناقشاته للامام مالك والتي أوردها بكتابه " الأم " كما كان يعارض أهل العراق في الأخذ بالاستحسان ويرى أن الاستحسان قول بالهوى والتشهي وقد عقد في كتابه " الأم " بابا خاصاً ناقش فيه الاستحسان وسماه كتاب : " أبطال الاستحسان " هذا كما أن رحلته إلى مصر أفادته بالاختلاط بفقهائها والتعرف على عاداتها وتقاليدها ومعرفة ماعند علمائها. من أحاديث لم يسمعها في العراق وقد أفاده ذلك في أن يعيد النظر فيما أملاه بالعراق فكان مذهبه الجديد الذي كتبه عنه تلاميذه المصريون وعلى رأسهم البويطي، والمزني، والربيع المرادي [٢١٨].

اصول مذهب الامام الشافعي:

بيّن الامام الشافعي أصوله التي يعتمد عليها في كتابه الذي ألفه في علم أصول الفقه :" الرسالة " وحقيقة فإن الامام الشافعي في ذلك يتميز عن الامامين أبي حنيفة ومالك إذ هيأت له ظروفه أن يضع منهجه أولاً ثم بعد ذلك يكون فقهه

---

(٢١٨) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ١٨٤، ١٨٥.

وليداً لأصوله التي دونها، وبذلك كانت أصوله عملية لانظرية ، وقد أجمل الامام الشافعي أصوله التي يرجع إليها في قوله : " الأصل قرآن أو سنة فإن لم يكن فقياس عليهما . وإذا اتصل الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم و صح الاسناد فهو المنتهي - والإجماع أكبر من الخبر المفرد " ومن قوله هذا يتضح أن المصادر عنده هي :

١ - القرآن ، ٢ - السنة ٣ - الإجماع ٤ - قول الصحابي ، ٥ - القياس .

وهذا واضح من قوله فقد ذكر القرآن والسنة أولاً ثم ذكر الإجماع وبين أنه مقدم على الخبر المفرد من أخبار الصحابة ثم بعد ذلك يأتي القياس أما ذكره للقياس مباشرة بعد القرآن والسنة فلبيان أن القياس الشأن فيه أن يكون عليهما .

هذا والإمام الشافعي يتوسع في عمله بالحديث فلا يشترط في خبر الواحد شرطاً سوى الصحة واتصال السند، وبذلك يختلف عن الامام مالك الذي اشترط فيه شروطاً كثيرة أوردناها من قبل .

والإمام الشافعي يرفض الاستحسان ولذلك لانراه بين مصادره كما أنه لم يورد المصالح المرسلة ضمن أدلة مذهبه ومصادره لأنه قد استغنى عنها بما أسماه "المناسبة" وهي طريق من طرق إثبات العلة في القياس .

والإمام الشافعي يتوسع في معنى القياس كما يتضح من كتابه " الرسالة " ومن ثم فإن المصالح المرسلة تدخل عنده في القياس .

أما العرف والاستصحاب فهما وإن لم يذكرهما في مصادره لكن واقع مذهبه يدل على اعتماده عليهما كثيراً فتبدل مذهب الامام الشافعي من مذهب قديم إلى

مذهب جديد أساسه ومبعثه العرف، والاستصحاب باعتبار أنه ترك الحال على ماهو عليه لابد من أن يكون له وجود في مذهب الامام الشافعي .

آثار الامام الشافعي العلمية:

ألف الامام الشافعي في مذهبه القديم كتاب " الحجة " لكن هذا الكتاب لم يصل إلينا . وألف في مذهبه الجديد كتاب " الأم " في الفقه وقد أملاه على تلاميذه المصريين الذي نقلوه عنه وكان من رواته البويطي ،والربيع المرادي، والرواية الأخيرة هي المتداولة الآن. وألف في الأصول كتابه " الرسالة " .

تلاميذ الشافعي:

للامام الشافعي تلاميذ كثيرون وقد هيأ له ذلك تنقله بين العراق ومصر أن فكان من تلاميذه بالعراق أحمد بن حنبل ، وأبي ثور والزعفراني، والكرابيسي . وبمصر اشتهرمن تلاميذه البويطي والمزني والربيع المرادي.

أما البويطي فهو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي ينسب إلى بويط قرية من صعيد مصر ، وقد أخذ البويطي العلم عن الشافعي وروى عنه وعن عبدالله بن وهب حتى غدا فقيهاً ، وهو أكبر أصحاب الامام الشافعي وكان يخلفه في تولي قيادة الدرس والافتاء توفي سنة ٢٣١هـ .

والمزني هو اسماعيل بن يحيى المزني المصري ولد سنة ١٧٥ هـ شب على طلب العلم ورواية الحديث وحين جاء الشافعي إلى مصر اتصل به وأخذ عنه، وغدا فقيهاً معروفاً في المذهب، ويعتبره الشافعي مجتهداً مطلقاً لما عرف عنه من اختيارات يخالف فيها أمامه في بعض الأحيان ألف في المذهب كتباً كانت سبباً في انتشاره منها " المختصر الصغير " و " الجامع الكبير " توفي سنة ٢٦٤ هـ .

والربيع المرادي هو أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبدالجبار المرادي ولد سنة ١٧٤هـ - يروي أنه كان مؤذناً بالجامع الكبير بمصر فلما حضر الإمام الشافعي إلى مصر قام بخدمته وأخذ العلم عنه. وهو الذي روى عنه كتاب " الأم " توفي سنة ٢٧٠ هـ .

البلاد التي انتشر فيها المذهب الشافعي:

ينتشر المذهب الشافعي الآن بمصر (في مناطق منها) وفلسطين وعدن وحضرموت وباكستان وهو المذهب الغالب في اندونسيا وسيلان والفلبين وجاوه والهند الصينية واستراليا ، وقد اعتمد المذهب في انتشاره على مجهود أتباعه وعملهم الدائب في الدعوة إليه [٢١٩] .

المذهب الحنبلي

ينتسب هذا المذهب إلى أبي عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ، عربي الأصل من شيبان ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ وبها توفي سنة ٢٤١هـ. أقبل على دراسة السنة النبوية وحفظها منذ صغره حتى كان إمام المحدثين في عصره بلا منازع. رحل الامام أحمد إلى كثير من الأمصار طلباً للحديث فقد رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن فأفادته هذه الرحلات كثيراً وقد تفقه على الإمام الشافعي ببغداد وكان من تلاميذه واستفاد من ذلك كثيراً حتى استوى مجتهداً مستقلاً له منهجه في الاستنباط وطريقته في الفتيا وهو - كما

(٢١٩) نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة ص ٧٥ ومابعدها .

يقول الخضري – من المجتهدين أهل الحديث [٢٢٠] .

محنته :

تعرض الإمام أحمد لمحنة خلق القرآن المشهورة فقد أثيرت مسألة القرآن وهل هو مخلوق أو قديم وكان المعتزلة يقولون بأنه مخلوق، اقتنع المأمون بعقيدتهم وأراد أن يحمل الناس عليها ففتح باب المناظرة فيها وجعل عقاب من لم يعترف بالقول بخلق القرآن الحرمان من مناصب الدولة ثم من بعد عمد إلى العقاب بالتعذيب والضرب والسجن، وقد امتحن الامام أحمد بذلك ضمن من امتحنوا فلم يقل بخلق القرآن بل أصر على قوله بأن القرآن قديم وقد تعاقب على الخلافة بعد المأمون من كان يرى رأيه فقد تولاها المعتصم والواثق وكانا على رأيه فظل الامام أحمد على محنته إلى أن تولى المتوكل الخلافة وأبطل هذه البدعة فاسترد الامام أحمد حريته وزاول نشاطه العلمي فبلغ فيه مبلغاً عظيماً .

هذا ويعتبر الإمام أحمد بن حنبل صاحب منهج وطريقة بجانب كونه محدثاً عظيماً .

أصول المذهب الحنبلي :

أصول وأدلة المذهب الحنبلي التي يرجع إليها في الافتاء – كما يذكر ابن القيم – خمسة هي :

١) نصوص الكتاب والسنة فمتى وجد نصاً أفتى به ولم يلتفت إلى مايخالفه.

٢) فتوى الصحابي : إذا لم يجد نصاً في المسألة كان يرجع إلى فتوى

---

(٢٢٠) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ص ١٩٠ .

الصحابي، وفتوى الصحابي التي لايعرف لها مخالف كانت تعتبر إجماعاً عنده.

٣) إذا تعددت آراء الصحابة في مسألة واحدة كان يتخير منها القول القريب من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ولايخرج عن آرائهم إلى قول غيرهم وكان يتوقف عن الفتوى إذا لم يجد لهذه الآراء مرجحاً .

٤) إذا لم يجد شيئاً من الأدلة السابقة كان يعتمد على الحديث المرسل والضعيف ويراه حجة ودليلاً مادام أن راويه غير معروف بالكذب أو الفسق.

٥) كان بعد ذلك يعتمد على القياس فيستخدمه عند الضرورة. وهناك أدلة أخرى ثبت أن الإمام أحمد عمل بها وهي الاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع، وللإمام أحمد كتاب المسند في الحديث وفيما عدا ذلك لم يدون الإمام أحمد مذهبه بنفسه؛ لأنه كان يكره الكتابة وينهي تلاميذه عنها ويري أن فتاواه مجرد آراء يمكن العدول عنها.

تلاميذ الامام احمد:

للإمام أحمد كثير من التلاميذ منهم ولداه صالح توفي سنة ٢٦٦ هـ وعبدالله توفي سنة ٢٩٠هـ وأبو بكر الاشرم توفي سنة ٢٧٣هـ وأحمد بن محمد بن الحجاج المروزي توفي سنة ٢٧٥ هـ وأبو القاسم الخرقي توفي سنة ٣٣٤هـومن أتباعه المشهورين أحمد تقي الدين ابن تيمية توفي ٧٢٨هـ، وابن قيم الجوزية توفي ٧٥١هـ .

البلاد التي انتشر فيها المذهب الحنبلي:

لم يخرج المذهب الحنبلي من حدود العراق إلا بعد القرن الرابع ولم يظهر

ظهوراً بيناً في مصر إلا في القرن السابع، وهو الآن المذهب السائد في المملكة العربية السعودية ويوجد في بعض أنحاء العراق والشام [٢٢١].

المذاهب المندرسة:

كانت هناك مذاهب سنية سوى المذاهب الأربعة السابقة المشهورة التي ألممنا بتاريخها ومصادرها ورجالها في الصفحات السابقة، والمذاهب المندرسة هي المذاهب التي اندثرت ولم يعد لها أتباع وتلاميذ بعد أن كان لها أتباع وتلاميذ في وقت من الأوقات وهذه المذاهب هي :

- **مذهب الاوزاعي:**

هو أبو عمرو عبدالرحمن بن محمد الأوزاعي ولد بالشام سنة ٨٨هـ وتوفي ببيروت سنة ١٥٧هـ كان عالماً بالحديث كثير الرحلات من أجله ولايميل إلى استخدام الرأي في فتاواه ، انتشر مذهبه في الشام والأندلس لكن انتشاره لم يدم فقد قل أتباعه وضعف نفوذه ولم يعد ملاحظاً إلا من خلال الفتاوى المأثورة عنه والتي تذكر في كتب الخلاف وخلفه في الأندلس مذهب الإمام مالك، وفي الشام مذهب الإمام الشافعي [٢٢٢] .

- **سفيان الثوري:**

هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي ولد سنة ٩٧هـ بالكوفة وتوفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ كان من فقهاء الحديث واشتهر بالورع والتقوى والصراحة في قول الحق. لم يبق مذهبه طويلاً بعد موته لقلة أتباعه.

---

(٢٢١) نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة ص ٩١ .

(٢٢٢) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ص ١٩٥ .

- **الليث بن سعد:**

هو فقيه مصر المشهور ولد بها وتوفي فيها سنة ١٧٥هـ وكان لايقل في فقهه عن مالك والشافعي ومناظراته مع الإمام مالك حول " عمل أهل المدينة " تدل على سعة علمه وغزارة فقهه. ومذهبه لم يكتب له الدوام والاستمرار لعدم تدوينه أولاً ولقلة أتباعه ثانياً.

- **داوود الظاهري:**

هو أبو سليمان داوود بن علي الأصفهاني صاحب المذهب الظاهري ولد سنة ٢٠٠ هـ وتوفي سنة ٢٧٠هـ . كان في أول الأمر من أتباع الإمام الشافعي ثم استقل بمذهب خاص يقوم على الأخذ بظاهر الكتاب والسنة وعدم الأخذ بالقياس ولا أي وجه من وجوه الرأي؛ ولذلك سمي بالمذهب الظاهري، انتشر مذهبه ثم اندثر شيئاً فشيئاً حتى انتهى تماماً في القرن الثامن الهجري .

هذا وقد ظفر هذا المذهب بإمام جليل هو الامام ابن حزم الأندلسي المتوفي سنة ٤٥٦هـ، اعتنقه ونصره ودافع عن آرائه وألف فيه كتابه " المحلى " المشهور في الفقه، وكتابه " الإحكام في أصول الأحكام " في الأصول .

- **ابن جرير الطبري:**

هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفي سنة ٣١٠ هـ تلقى فقه الشافعي ومالك وفقه العراقيين لكنه لم يقلد واحداً منهم بل استقل بمذهب خاص، وكان مجتهداً لايتقيد إلا بالدليل وصار له بذلك أتباع غيرأن مذهبه انقطع بعد وفاته بمدة قصيرة، ومن كتبه المعروفة كتابه في التفسير المعروف بتفسير الطبري واسمه

" جامع البيان عن تأويل آي القرآن " وكتاب آخر في التاريخ معروف بتاريخ الطبري وكتاب فقهي عظيم عن " اختلاف الفقهاء " عرض فيه لاختلافات فقهاء الأمصار في المسائل التي اختلفوا فيها.

مذاهب الشيعة:

الزيدية :

ينتسب هذا المذهب إلى الإمام زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب ولد بالمدينة سنة ٨٠هـ واستشهد سنة ١٢٢ هـ نشأ الامام زيد في بيت عرف بالعلم والفضل والصلاح فحفظ القرآن الكريم وتلقى علوم الحديث عن آل البيت كما روى عن غيرهم، تفقه على أبيه وعلى أخيه محمد الباقر كما أخذ عن ابن أخيه جعفر الصادق ورحل أيضاً إلى البصرة لتلقي أصول العقائد وكان ذا صلة بواصل بن عطاء زعيم المعتزلة – وبهذا التنوع في الدراسة أصبح شخصاً عظيم المعرفة كما أنه كان على درجة كبيرة من قوة الحجة ووضوح البيان .

اصول مذهبه:

لم يخرج مذهبه عن الأصول التي اعتمدها أهل السنة عموماً ففقهه يقوم على الكتاب ، السنة ، الإجماع، القياس، الاستحسان ، الاستصحاب ، المصالح المرسلة، غير أنه قد خالف أهل السنة في المسائل التالية :

أ – كان يرى أن الإمام منصوص عليه بالوصف لا بالاسم وأن الأوصاف التي لابد منها فيه هي : كونه فاطمياً ، ورعاً ، عالماً ، سخياً ، يخرج داعياً الناس لنفسه.

ب – يجوز أن يظهر إمامان في قطرين مختلفين بحيث يكون كل واحد منهما

إماماً في قطره الذي ظهر فيه، ولايجوز أن يتم ذلك في قطر واحد للنهي عنه بالآثار الصريحة.

هذا ومذهب الزيدية أقرب مذاهب الشيعة إلى أهل السنة وبخاصة مذهب الامام أبي حنيفة ، ومن مسائلهم التي خالفوا فيها جمهور أهل السنة.

- قولهم بعدم جواز المسح على الخفين.
- قولهم بعدم جواز أكل ذبيحة غير المسلم.
- قولهم بتحريم الزوجة الكتابية على المسلم .

كتب المذهب الزيدي:

من كتب الزيدية التي وصلت إلينا كتاب " المجموع " للإمام زيد، وهو كتاب فقهي وتفسير غريب القرآن، ورسالة ضد المرجئة، ورسالة في مناسك الحج .

مذهب الامامية الإثنى عشرية:

سبب تسمية هذا المذهب أن هذه الفرقة من فرق الشيعة ترى أن الأئمة اثنا عشر إماماً يبدأون بعلي بن أبي طالب ومن بعده الحسن فالحسين ومن يعقب هؤلاء من الأبناء إلى الامام الثاني عشر وهو المهدي المنتظر، وإمام هذا الفريق من الشيعة في الفقه الإمام جعفر الصادق بن محمد الباقر المولود بالمدينة سنة ٨٠هـ وبها توفي وعمره ثمان وستون سنة ولهذا يسمى الشيعة الاثنا عشرية بالجعفرية نسبة إلى هذا الامام.

كان جعفر الصادق من الأئمة الأعلام في فقهه وعلمه وورعه وتقواه وقد أخذ عنه كثيرون وكان له تلاميذ نقلوا فقهه وحديثه مثل إبان بن تغلب البكري وجابر بن

يزيد وغيرهم كثير.

أصول المذهب:

كانت الأصول التي يرجع إليها الشيعة الإثنا عشرية أو الجعفرية في فقههم هي:

أ - الكتاب .

ب- سنة النبي صلى الله عليه وسلم المروية عن آل البيت.

ج - أقوال أئمتهم الذين يعتقدون فيهم العصمة.

د - العقل والدلائل العقلية وهي ترجع إلى البراءة الأصلية والاستصحاب .

أما الإجماع فلا يعتبر عندهم مصدراً من مصادر التشريع، والإجماع المعتبر عندهم هو إجماع آل البيت كما أنهم لم يقولوا أيضاً بالقياس والاستحسان والرأي لعدم الحاجة إليها عندهم لاعتماد هم على أقوال أئمتهم المعصومين .

من كتبهم الكافي للكليني المتوفي سنة ٣٢٩هـ من لايحضره الفقيه للقمي الشهيد توفي ٣٨١هـ ، التهذيب والاستبصار للطوسي المتوفي سنة ٤٦٠ هـ ينتشر مذهبهم في إيران والعراق والهند وباكستان وفي لبنان وله أتباع في الشام [٢٢٣] .

(٢٢٣) راجع المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية للدكتور عبدالكريم زيدان ص ١٧٨ .

الفصل الثالث

" دور التقليد "

تقديم:

تعارف الكاتبون في تاريخ التشريع الاسلامي على وصف هذا الدور بالتقليد، ويعنون بالتقليد اتباع الأئمة السابقين الذين تقررت مذاهبهم في الدور السابق أو عدم الرجوع للقرآن والسنة لاستنباط الأحكام منهما مباشرة[٢٢٤]، وهذا التحديد للتقليد غير مايراه الأصوليون الذين يعرفون التقليد بأنه " قول بلا حجة[٢٢٥] .

والاختلاف في المصطلح يرجع إلى اختلاف وظيفة التقليد عند كل فريق من الفريقين ، فالأصوليون يتحدثون عن التقليد من جهة جوازه أو عدم جوازه، والمؤرخون ينظرون إليه بحسبانه مسلكاً اتخذه الناس في مرحلة من مراحل الزمن ، هذا ولابد من أن نلاحظ هنا أيضاً أن المؤرخين يعنون بوصفهم لهذا الدور بالتقليد غلبة التقليد عليه وصيرورته سمة عامة وطابعاً غالباً وإلا فإن التقليد كان موجوداً في دور الاجتهاد في كل أطواره لأن المجتهدين من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين كانوا يفتون اجتهاداً لمن يعمل بفتواهم وكانوا يقضون فينفذ قضاؤهم [٢٢٦] .

والأسباب التي يمكن عزو التقليد إليها في هذا الدور أسباب متعددة يمكن

---

(٢٢٤)الفكر السامي للحجوي ٢/ ١٦٣ وتاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ٢٣٦ .
(٢٢٥)المستصفى للغزالي ٢: ٣٨٧ وجمع الجوامع لابن السبكي ٢: ٣٩٣ .
(٢٢٦) التشريع الاسلامي خصائصه وتاريخه للدكتور محمد مصطفى أمبابي ص ٣٦٣.

إجمالها في الآتي :

أ - الضعف السياسي :

منيت الدولة الاسلامية في هذا الدور بالضعف السياسي إذ ضعف سلطان الخلفاء العباسيين وتقطعت الدولة إلى دويلات مما أثر في حياة الفقه والفقهاء بصورة لم يجد معها الفقه والفقهاء التأييد والتشجيع الذي كانوا يجدونه من الخلافة العباسية فأدى هذا إلى فتور هممهم ووقوفهم عند آثار السابقين [٢٢٧] .

ب - نضوج المذاهب الفقهية وانتشارها :

في هذا الدور نضجت المذاهب الفقهية واستقرت وغدا لها سلطان على النفوس ففي العراق انتشر مذهب الامام أبي حنيفة وفي الحجاز مذهب الإمام مالك ، كما كان لمذهب الامام الشافعي أثر كبير في مصر .

ومن شأن نضوج المذاهب وانتشارها أن يكون نفوذها طاغياً على الحكام والجمهور هذا فضلاً عن أن تلاميذ الأئمة جميعهم كانوا على مستوى كبير من النجابة والتأثير في الآخذين عنهم فنقلوا إعجابهم بأئمتهم إلى تلاميذهم فتأصلت بذلك الثقة في أولئك الأئمة بطريقة كان من الصعب معها أن يتسنى لأحد الدعوة لمذهب جديد [٢٢٨] .

---

(٢٢٧) الفكر السامي للحجوي ٢: ١٦٤ وتاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محد الخضري :٢٣٣ .
(٢٢٨) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري : ٢٣٨ .

ج - تقييد القضاء بمذهب معين :

كان القضاة في دور الاجتهاد على امتداده يتم اختيارهم من الرجال الذين يتوسم فيهم العلم بالكتاب والسنة مع القدرة على استنباط الأحكام منهما وكانت ثقة الناس بأولئك القضاة عظيمة .

وفي هذا العصر تغير الحال وضعفت الثقة مما استوجب تقييد القاضي بمذهب معين حتى لايؤثر على القاضي في هواه ويجد في حرية الاجتهاد مايمكنه من تحقيق أغراضه [٢٢٩].

د - تدوين المذاهب الفقهية :

من الظواهر التي امتاز بها عصر الأئمة المجتهدين تدوين آراء تلك المذاهب في كتب ومدونات بحسب الصورة التي سلف بسطها عند الحديث عن عصر الأئمة المجتهدين. هذا التدوين كان هو الآخر عاملاً من العوامل التي أدت إلى تقليد أصحاب تلك المذاهب لأنه أشاع آراءها ومكّن لعلمائها وأكثر من تلاميذها [٢٣٠].

هذه هي العوامل والأسباب التي أدت إلى أن تغلب ظاهرة التقليد على هذا الدور بمعني عدم الرجوع إلى القرآن والسنة واستنباط الأحكام منهما والإكتفاء بالآراء التي جاءت عن الأئمة المجتهدين الذين استقرت مذاهبهم، وفيما وراء ذلك يمكن أن نصف ذلك التقليد بأنه جاء متدرجاً حيث بذل العلماء في المرحلة الأولى من هذا الدور جهداً عظيماً في خدمة مذاهبهم وشرح ثروتها الفقهية وتوسيعها والإضافة إليها

---

(٢٢٩)المرجع السابق ٢٣٩ .

(٢٣٠) المرجع السابق ٢٤٠ .

فكملوا بذلك جهد أئمتهم .

ولهـذا فـقد جعلنا هذا الدور ينقسم إلي عـصرين هما : عـصر الإجتـهاد المقيد، وعصر التقليد المذهبي والتقليد المحض، وسوف نتناول كل واحد منهما في مبحث إن شاء الله.

المبحث الأول

" عصر الإجتهاد المقيد "

يبدأ هذا العصر من منتصف القرن الهجري الرابع وينتهي في منتصف القرن الهجري السابع، وقد سمى بعصر الاجتهاد المقيد لأن العلماء ألزموا أنفسهم فيه بآراء الأئمة الأربعة الذين سلف الحديث عن مذاهبهم ولم يشاءوا لأنفسهم أن يجتهدوا اجتهاداً مطلقاً يرجعون فيه إلى القرآن والسنة مباشرة لاستنباط الأحكام منهما.

ودافعهم لذلك - فيما يبدو - الخوف مما يجره الاجتهاد المطلق من منافسة وحسد أو لأن القضاء كان مقيداً بمذاهب ولهذا كان يلزم أن يكون لكل واحد منهم مذهباً يتبعه أو غير ذلك من الأسباب التي دعت - في مجملها - ليكون هذا الدور دور تقليد وهي الأسباب التي عرضنا لها عند تقديم هذا الباب.

وفي كل الأحوال فإن هذا العصر قد حفل بجهود كبيرة ورائعة للعلماء من أتباع المذاهب بطريقة قد تجعل نسبة التقليد إليهم غير مستساغة في بعض الأحوال.

وقد كان لجهودهم الفضل في وصل حركة الفقه التي بدأها أئمتهم فهم الذين استخرجوا أصولاً لفقه أئمتهم وعللوا آراءهم وبينوا طرق الترجيح بينها وخرجوا أحكاماً جديدة لمسائل لم ينص أئمتهم على حكمها في إطار مافهموه من أصول أئمتهم وقواعدهم، وهم الذين قارنوا بين آراء أئمتهم كل منهم يبتغي نصرة مذهبه فنشأ علم الخلافيات ومايسمى بالفقه المقارن وهم الذين واجهوا النوازل بالافتاء

فكانت كتب الفتاوى ومسائل النوازل والعمل، بل وصل بهم الحال إلى مخالفة أئمتهم في بعض الآراء وفضلاً عن ذلك كله فإن الكفايات الذهنية والعلمية لبعضهم قد تضعهم في مصاف المجتهدين وفي هذا المعنى يقول محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي : "إن المجتهد المطلق لم يوجد من لدن القرن الرابع كما قال النووي وإنما هم أهل الاجتهاد المقيد وهم مجتهدو المذاهب الذين لهم القوة على استنباط المسائل من الكتاب والسنة وبقية الأصول لكنهم مقيدون بقواعد مذهب إمامهم" [٢٣١] .

هذا وسوف نعرض لجهودهم على الوجه الآتي :

اولا: تعليل الاحكام المروية عن ائمتهم:

واجه علماء هذا العصر وبخاصة علماء الحنفية ثروة فقهية من أئمتهم كانت في حاجة إلى التأصيل والتعليل فاستنبطوا لها عللاً وقواعد وعن طريق تلك العلل والقواعد أمكنهم أن يوسعوا من قاعدة مذاهبهم ويحيلوا فروعها الفقهية المتناثرة إلى ضوابط يمكن على هديها تخريج مستجدات المسائل.

وكان هذا المسلك - كما ذكرنا - أوضح مايكون عند علماء الحنفية الذين لم يدون أمامهم ولاكبار تلاميذه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وغيرهما أصوله وإنما كانون يجرون النظر في المسائل من غير رجوع إلى ضوابط أصولية مدونة ومكتوبة وإن كانت تلك الضوالبط ملاحظة في نفوسهم ولما جاء تلاميذهم وكان الإمام الشافعي قد دون رسالته في الأصول - لم يكن أمامهم سبيل وهم يستميتون في الدفاع عن مذهبهم سوى أن يستخلصوا له أصولاً من فروع أئمتهم السابقين فتتبعوا

---

(٢٣١)الفكر السامي للحجوي ٢: ٤٥٢ .

تلك الفروع فغدت لهم أصول كالشافعية [٢٣٢].

ثانياً: الترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب:

كانت آراء الأئمة تؤخذ بالمشافهة ولهذا كانت الروايات عن الامام قد تختلف في المسألة الواحدة الأمر الذي حتم على العلماء - في هذا العصر - أن يحددوا وسائل وطرقاً للترجيح فجعلوا الترجيح نوعين ترجيح من جهة الرواية، وترجيح من جهة الدراية .

والترجيح من جهة الرواية يعني تفضيل رواية على الأخرى وضابط صحة الرواية عندهم أن يكون الراوي مشهوراً بالحفظ القوي والضبط التام فمن يكن هذا شأنه تقدم روايته على غيره.

وفي هذا قدم الحنفية كتب محمد بن الحسن الشيباني المعروفة بكتب ظاهر الرواية واعتمدوا الأقوال التي فيها على غيرها.

ورجح الشافعية رواية الربيع بن سليمان المرادي على غيرها، ورجح المالكية رواية ابن القاسم على سائر الرواة الآخرين [٢٣٣].

أما الترجيح بالدراية فيكون بالموازنة بين الروايات المنقولة عن إمام المذهب ثم عرضها على أصول المذهب وقواعده لتقديم ماهو أكثر انسجاماً معها على غيره.

ولا شك أن الترجيح بحسب الدراية يحتاج إلى ضرب زائد من الفقه .

---

(٢٣٢)مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام للكاتب ص ١٥ .

(٢٣٣)تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري : ٢٤٢ .

ثالثاً: الانتصار للمذاهب بالتأليف والمناظرة:

من الأوجه التي استغل العلماء فيها جهودهم في هذا العصر - خدمة لمذاهبهم - الدفاع عن أئمتهم وإبراز فضلهم وتقدمهم علي غيرهم وقد انعكس ذلك في مظهرين:

الأول : كتب المناقب التي صنفوها في فضل أئمتهم كمناقب الامام أبي حنيفة للموفق المكي ومناقب الامام الشافعي للرازي ومناقب الامام مالك للزواوي وترتيب المدارك للقاضي عياض.

الثاني : تتبعهم لمسائل الخلاف بين مذاهب أئمتهم وغيرها وذكر الحكم عند كل منهم ودليله مع الانتصار لمذاهبهم وأدلتها.

ولا ريب أن هذا النوع من التأليف مفيد ويؤدي إلى معرفة الرأي الراجح - حقيقة - عن طريق بيان قوة أدلته هذا شريطة أن يخلو من الإمعان في التعصب المذهبي .

وقد أسفر هذا الاتجاه في نصرة المذاهب عن ظهور علم جديد يسمى بعلم الخلاف وألفت فيه كتب منها في المذهب الحنفي كتاب " اختلاف الفقهاء " لأبي جعفر الطحاوي (ت ٣١٢هـ) وفي المذهب الشافعي كتاب : الاشراف على مسائل الخلاف" للنيسابوري (ت ٣٨٧هـ) وكتاب " الميزان " للشعراني ، وفي المذهب الحنبلي كتاب " المغني " لابن قدامة (ت ٦٣٠هـ) .

أما المالكية فلهم في هذا الضرب كتاب لأبي العلاء القشيري (ت ٣١٤ هـ)

في الرد على المزني، ولأبي بكر الأبهري (ت ٣٩٥) كتاب بنفس الاسم، وللقاضي عبدالوهاب البغدادي (ت ٤٢٢هـ) كتاب " النصرة لمذهب أمام دار الهجرة" ، والاشراف على مسائل الخلاف[٢٣٤] . ولأبي الوليد الباجي (ت ٤٩٤) كتاب مسائل الخلاف (ت ٥٩٥) ولابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥) كتاب " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " .

وفيما عدا ذلك فقد تواصلت جهود العلماء في هذا العصر لوصل مابدأه أئمتهم السابقون بشرح أمهات الكتب التي أثرت عنهم أو التعليق عليها ففي المذهب الحنفي بعد أن دونت كتب ظاهر الرواية الشهيرة التي سلفت الاشارة إليها ألف أبو الحسن الكرخي (ت ٣٤٠) هـ . شرحاً للجامع الصغير وآخر للجامع الكبير.

وألف الرازي الجصاص (ت ٣٧٠هـ) شرحاً للجامع أيضاً وكتاباً في أصول الفقه وتفسيراً لآيات الأحكام .

وألف أبوعبدالله يوسف بن محمد الجرجاني (ت ٣٩٨هـ) خزانة الأكمل وهو كتاب محيط بفقه الحنفية كما شرح الزيادات والجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ومختصر الكرخي .

وصنف أبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠ هـ) تأسيس النظر وتقويم الأدلة . وألف شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٣٨هـ) كتابه المشهور" المبسوط " وكتابه في أصول الفقه.

(٢٣٤)راجع في هذه الكتب ومؤلفيها تراجم فقهاء هذا العصر في الفكر السامي للحجوي ٢: ٢٧٩ ومابعدها، وتاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ٢٥٢ ومابعدها. وكذلك في سائر مايتصل بالتأليف في هذا الفصل .

وألف علي بن محمد البزدوي (ت ٤٨٣هـ) كتابه في الأصول وهو الكتاب المشهور بأصول البزدوي وألف أبو بكر بن مسعود أحمد الكاساني (ت ٥٨٧هـ) كتاب " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع " .

وألف علي بن أبي بكر الميرغناني (ت ٥٩٣هـ) كتاب البداية وشرحه الهداية.

وفي المذهب المالكي الذي دون فيه في عصر سابق الموطأ للامام مالك والمدونة التي رواها عنه سحنون عن ابن القاسم تتابع التأليف - بعد ذلك - أحياناً في شرح واختصار وتهذيب هذين الأصلين وأحياناً في رواية أقوال أخرى عن الإمام مالك في المسائل الفقهية وأحياناً أخرى في الكتابة في أصول فقه المذهب .

ومن أبرز المالكية الذين ألفوا في هذا العصر أبو محمد عبدالله بن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ) له " النوادر والزيادات على مافي المدونة عن غيرها من الأمهات " ومختصر للمدونة ، وكتاب الرسالة المشهور في الفقه المالكي .

وأبو بكر الأبهري (ت ٣٩٥) ألف كتاباً في الأصول وكتاباً عن " إجماع أهل المدينة " وأبو الوليد الباجي (ت ٤٩٤هـ) شرح المدونة والموطأ وكتب في الأصول كتاب " الفصول في أحكام الأصول " وكتاب المنهاج في ترتيب الحجاج .

وابن رشد الجد (ت ٥٢٥هـ) كتب المقدمات المهدات ، والبيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل .

والقاضي أبو بكر بن العربي (ت ٥٤٣هـ) ألف كتابه " أحكام القرآن ".

وفي المذهب الشافعي ألف أبو أحمد محمد بن سعيد الخوارزمي (ت ٣٤٠هـ) كتاب الحاوي والعمدة وكتاباً في الأصول .

وألف أبو الحسن الماوردي (ت ٣٥٠هـ) الاقناع والأحكام السلطانية .

وألف محمد بن اسماعيل المشهور بالقفال الكبير الشاشي (ت ٣٦٥هـ) شرحاً للرسالة وألف كتاباً في أصول الفقه - وألف أبو القاسم عبدالواحد بن الحسين الصيمري (ت ٣٨٦هـ) كتاب " الكفاية " وكتاب الافصاح في المذهب ، وكتاباً في القياس والعلل.

وألف أبو اسحق الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) التنبيه والمهذب والنكت في الخلاف واللمع والتبصرة في أصول الفقه - وألف أبو المعالي عبدالملك الجويني (ت ٤٨٧هـ) كتاب " البرهان " في أصول الفقه، وألف حجة الاسلام الغزالي (ت ٥٠٥هـ) البسيط والوجيز والخلاصة في الفقه، وفي الأصول المستصفى وشفاء الغليل في بيان مسالك التعليل والمنخول .

وأبو القاسم القزويني (ت ٦٢٣هـ) ألف الشرح الكبير ومن كتبه أيضاً المحرر وشرح مسند الإمام الشافعي . وألف محي الدين النووي (ت ٦٣١هـ) الروضة والمنهاج والمجموع شرح المهذب .

وفي المذهب الحنبلي:

ألف عمر بن الحسين الخرقي (ت ٣٣٤هـ) " مختصر الخرقي " وألف موفق الدين المقدسي الملقب بابن قدامة (ت ٦٣٠)هـ ألف الكافي والمقنع ومختصر الهداية والعمدة في الفقه وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه.

التآليف في الفتاوي والنوازل :

كما كان للفقهاء في هذا الدور إسهام في التأليف في شرح الأمهات من الكتب والمدونات في مذاهبهم فقد اشتهروا أيضاً باسهام عملي يتمثل في الفتاوى التي كانوا يوجدون بها حلولاً لقضايا الناس التي يعرضونها عليهم مستفتين إياهم فيها ومن الكتب التي جمع الحنفية فيها تلك الفتاوى كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي (ت ٣٧٣هـ) وخزانات الواقعات للطاهر بن أحمد بن عبدالرشيد (ت ٥٤٢هـ) والفتاوى المعروفة بالوالجية لظهير الدين الولواجي (ت ٥٤٠هـ) . وفتاوي قاضيخان لحسن بن منصور الأوزجندي المعروف بقاضيخان (ت ٥٩٢هـ) .

وكان عند أهل الأندلس وأهل فاس مايسمي بفقه العمليات يقول محمد بن الحسن الحجوي " ولما ظهر النبوع العملي بفاس وفضل علمائها الأكياس أخذوا بتلك التقاليد - يعني العمل الذي أشار من قبل إلى أنه متفرع عن فكرة عمل أهل المدينة عند الامام مالك - ولكن غالب عملهم كان تابعاً لعمل الأندلس من لدن تغلب الأمويين على المغرب آخر القرن الثالث وأول الرابع " ثم يشير إلى أن أهل فاس اشتغلوا بعملهم وحدهم فصار لأهل الأندلس عمل ولأهل القيروان عمل ولأهل فاس عمل، وقد كانوا يعتبرون العمل مرجحاً في بعض الحالات التي يختلف فيها فقهاء المالكية ويقضون بغير الراجح إذا كان العمل قد جري به ولعل ذلك من باب العمل بالمصالح المرسلة أو سد الذرائع كما يقول الحجوي [٢٣٥] .

وفي هذا العمل أيضاً يذكر بعض الباحثين المعاصرين " أن علماء المالكية اهتموا

(٢٣٥)الفكر السامي للحجوي ٢ :٤٠٥

بعنصر من العناصر التطبيقية في علم القضاء وهو العنصر الذي اصطلح على تسميته بما جرى عليه العمل أو فقه العمليات (الماجريات) فكتب الأقضية تحرص على النص على ماجرى به العمل القضائي نظراً للمبدأ الذي تبناه علماء المالكية، والذي يحتم الإلتزام بما جرى به العمل القضائي وهو مبدأ قد يعود في أساس تصوره إلى القاعدة الأساسية في مذهب مالك الإحتجاج بعمل أهل المدينة ".

ثم يقول : " ولايعرف بالضبط التاريخ الذي بدأ فيه هذا العمل والذي يستنتج من بعض الوقائع التاريخية أن ذلك كان حوالي القرن الرابع الهجري حتى نرى هذا " العمل " صار من الذيوع والانتشار ماغطى مجموع تآليف الفقهاء بل إن بعضهم خص بالتأليف كتاباً كل ماذكر فيه من مسائل نص على أن العمل جرى بها كما هو الشأن بالنسبة لأبي الوليد الباجي في كتابه فصول الأحكام إذ هو موضوع أساساً لبيان ماجرى عليه عمل الحكام ومادرج عليه الفقهاء في إفتائهم كما يدل على ذلك عنوانه[٢٣٦].

التآليف في قواعد الفقه الكلية :

شهد هذا العصر أيضاً بداية التأليف في قواعد الفقه الكلية وهي " أصول فقهية كلية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في القضايا التي تدخل تحت موضوعها" [٢٣٧].

وقد ابتدع علماء هذا العصر هذا النمط من التأليف لجمع الفقه في مذاهبهم وقد كان من قبل مسائل منثورة جمعوه في هذه القواعد ليسهل إدراكه والتخريج عليه .

(٢٣٦)اصطلاح المذهب عند المالكية ، بحث للدكتور محمد ابراهيم أحمد منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص ٩٣، ٩٤ العدد الثاني والعشرون السنة السادسة أغسطس ١٩٩٤.
(٢٣٧) القواعد الفقهية للدكتور علي أحمد الندوي ص ٤٥ .

ومن جملة تلك القواعد القواعد الخمسة الأمهات وهي :

١- الأمور بمقاصدها ٠
٢- اليقين لايزول بالشك ٠
٣ - المشقة تجلب التيسير٠
٤- الضرر يزال ٠
٥ - العادة محكمة٠

وأول من ألف في قواعد الفقه الكلية أبو طاهر الدباس (   ) من فقهاء الحنفية ثم الكرخي (ت ٣٤٠هـ) وأبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠هـ) ومن الشافعية العلامة محمد بن ابراهيم الجاجرمي السهلكي (ت ٦١٣هـ) والامام عز الدين بن عبدالسلام (ت٦٦٠هـ) وكتابه " قواعد الأحكام في مصالح الأنام "٠

ثم تتابع التأليف فيه في المرحلة الثانية من عصر التقليد٠

وهكذا عمر هذا العصر بحركة فقهية في الأصول والفقه وعلم الخلاف والقواعد الفقهية والفتاوى فكان فيه بذلك تقوية للمذاهب الفقهية المختلفة وتثبيت لها ٠

وفوق ذلك فإن هذا العصر قد شهد بعض الفقهاء المشهود لهم بطول الباع في الفقه والأصول إلى درجة الإجتهاد فالإمام الغزالي (ت ٥٠٥) يعتبر مجدد القرن الخامس، وفخر الدين الرازي (ت ٦٠٦هـ) مجدد القرن السادس، وهذان القرنان يدخلان في فترة الاجتهاد المقيد٠

المبحث الثاني

" عصر التطبيق المذهبي والتقليد المحض "

يبدأ هذا العصر من منتصف القرن الهجري السابع ويقرنه المؤرخون - عادة - بسقوط بغداد على يد هولاكو سنة ٦٥٦هـ ويستمر حتى القرن الثالث عشر الهجري[٢٣٨] .

ولايمكن التسليم بهذا التحديد في عمومه وبخاصة لمن أسموه بعصر التقليد المحض[٢٣٩] ؛ ولهذا اسميناه بعصر التطبيق المذهبي[٢٤٠] ·وعطفنا عليه التقليد المحض؛ وذلك لأن هذا العصر لم يشهد التقليد المحض إلا في أخريات أيامه - في القرن العاشر فصاعداً وفي هذا المعنى يقول الشيخ محمد الخضري وهو يتحدث عنه " أعظم مميزات هذا الدور تمكن روح التقليد المحض من نفوس العلماء فلم ير منهم من سمت نفسه إلى الاجتهاد إلا القليل منهم وذلك في النصف الأول من هذا الدور وهو العهد الذي حلت فيه القاهرة محل بغداد وصارت مقراً لمملكة إسلامية وخلافة عباسية ففي هذا العهد كان ينبغ من آن لأخر من يصلون لهذه الرتبة لكنهم مع ذلك واقفون عند الانتساب للأئمة المعروفين أما في النصف الثاني وهو من أوائل القرن الهجري العاشر إلى الآن فإن الحال قد تبدلت والمعالم قد تغيرت وأعلن أنه لايجوز

---

(٢٣٨) الفكر السامي للحجوي ٢ : ١٦٧ وتاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري : ٢٦٥، والمدخل للفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور حسن الشاذلي : ٣٢٤ والمدخل للفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٩٦ والمدخل الفقهي وتاريخ التشريع الاسلامي للأستاذ الدكتور عبدالرحمن الصابوني وآخرين : ٣٤٠ .

(٢٣٩) وردت تسمية هذا العصر هكذا عند الشيخ محمد الخضري ص : ٢٦٥.

(٢٤٠)وقد سماه بهذه التسمية الأستاذ الدكتور حسن الشاذلي في المدخل للفقه الاسلامي راجع ص ٣٢٤.

لفقيه أن يختار ولا أن يرجح وأن زمن ذلك قد فات [٢٤١] ، وماذكره الشيخ الخضري صحيح فإن المرحلة الأولى من هذا العصر كانت امتداداً للمرحلة التي سبقتهاحيث حفلت بجهود لبعض العلماء من كل المذاهب الفقهية وفي المغرب والمشرق على حد سواء فقد عرفت هذه المرحلة ابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ) والعز بن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ) وابن دقيق العيد ت ٧٠٢هـ) وجمال الدين الأسنوي (ت ٧٧٢هـ) وأبو اسحق الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) والكمال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) وجلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) . الذي لم يرض بالتقليد واعتبر نفسه من المجددين في عصره وألف كتاباً أسماه " الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض" [٢٤٢]، بل إن الأمر يمتد إلى المرحلة الأخيرة من هذا العصر نفسها فنجد فقيهاً مجتهداً مثل الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) .

وفيصل الأمر في هذه المسألة أن العصور التاريخية يعتريها التداخل، وأن النبوغ والملكات الفردية الخلاقة موجودة في كل زمن من جهة ، ومن جهة أخري فإن علماء المسلمين لم يسلموا - أبداً - بالتقليد المحض والإمساك حتى عن ترجيح المسائل داخل المذاهب التي يتبعونها ، وفي هذا يقول النووي " إن الاجتهاد نوعان مستقل

---

(٢٤١)تاريخ التشريع الاسلامي محمد الخضري : ٢٦٧ يخالفه في ذلك الحجوي ويرى أن عصر التقليد المحض بدأ من منتصف القرن الهجري الثامن حيث يقول بعد أن تحدث عن المرجحين من أتباع المذاهب : " وهذه الطبقة قد انتهت أواسط الثامن ولم يبق بعدها إلا أهل التقليد المحض غالباً بمعني أنهم قد حجروا عليهم إلا يأخذوا بكتاب ولا سنة ولا قياس بل حسبهم أقوال المتقدمين من أهل مذهبهم وتطبيقها على الوقائع الوقتية فنصوص مذهبهم قامت مقام نصوص الشارع " . الفكر السامي : ٣٩٢/٢.

(٢٤٢)راجع بحث عن السيوطي والاجتهاد للدكتور سعد غراب ص ٤ والبحث ضمن أعمال الندوة التي عقدتها المنظمة الاسلامية للتربية والثقافة والعلوم بمناسبة مرورخمسة قرون على وفاة الإمام السيوطي في ابريل ١٩٩٣ .

وقد فقد من رأس المائة الرابعة فلم يمكن وجوده ومجتهد منتسب وهو باق إلى أن تأتي أشراط الساعة الكبرى ولايجوز انقطاعه شرعاً لأنه فرض كفاية ومتى قصر أهل مصر حتى تركوه أثموا كلهم وعصوا بأسرهم "[٢٤٣] .

هذا وقد تمثل عطاء العلماء المميزين في صدر هذا العصر في الأنشطة العلمية الآتية :

١ - أن فريقاً منهم كان يتناول المسائل الفقهية تناولاً موضوعاً متبعاً إياها بالأدلة والتعليل مع التعرض لآراء الفقهاء الآخرين من غير مذهبه ثم ينتهي إلى ترجيح الرأي الذي تسنده قوة الدليل، ومن هؤلاء الكمال بن الهمام من الحنفية (ت ٨٦١هـ) ومحي الدين النووي من الشافعية .

٢ - أن فريقاً آخر عمل على تجديد المذهب الفقهي الذي يتبعه والرجوع به إلى القرآن والسنة لأخذ الأحكام منهما ، وأبرز العلماء في هذا المجال الفقيهان الحنبليان المجددان ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) وتلميذه ابن القيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) .

٣ - أن التأليف الفقهي لم ينقطع في هذا العصر واستمر متكاثقاً فظهرت مؤلفات فقهية عظيمة الأثر كشرح تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين الزيلعي (ت ٧٤٣هـ) من الحنفية .

وعند المالكية ظهرت في هذا العصر مؤلفات العالم المالكي المعروف شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ) ومنها الفروق والذخيرة .

ومن كتب الحنابلة التي ظهرت في هذا العصر كتب الفتاوى والسياسة

---

(٢٤٣)الفكر السامي للحجوي ٢: ٤٥٢.

الشرعية لابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) وكتب تلميذه ابن القيم الجوزية .

٤ - أن التصنيف في الفتاوى وجمعها لم ينقطع وتواصل بصورة مكثفة لأن الفقهاء كانوا يعالجون بالافتاء مسائل الناس وقضايا حياتهم اليومية فظهرت فتاوى ابن تيمية وقد سلفت الاشارة إليها، والفتاوى البزازية نسبة إلى ابن البزاز الكردي (ت ٨٢٧هـ) والفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي (ت ١٠٨١هـ) والفتاوي الكبرى لابن حجر الشافعي (ت ٩٧٤هـ) وفي أخريات هذا العصر ظهرت الفتاوي الهندية وكان تشكيل اللجنة التي عملت على جمع تلك الفتاوى في سنة ١٠٧٣ هـ[٢٤٤].

٥ - أن التأليف في قواعد الفقه الكلية الذي بدأ في عصر الاجتهاد المقيد - لم ينقطع في هذا العصر وتواصل بصورة مكثفة هو الآخر فألف فيه من الشافعية عز الدين بن عبدالسلام كتابه " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " كما ألف فيها من المالكية ابن رشد البكري (ت ٦٨٥هـ) كتابه " المذهب في ضبط قواعد المذهب " وابن الوكيل الشافعي (٧١٦هـ) الأشباه والنظائر، وألف ابن تيمية القواعد الفقهية النورانية ، وألف المقري المالكي (ت ٧٥٨هـ) كتاب " القواعد " وألف العلائي الشافعي (ت ٧٦١هـ) " المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب "، وألف تاج الدين السبكي الشافعي (ت ٧٧١هـ) الأشباه والنظائر وكذلك جمال الدين الأسنوي (ت ٧٧٢هـ) له الأشباه والنظائر، وبدر الدين الزركشي

---

(٢٤٤)راجع بحث " محاولات تقنين الفقه الاسلامي " تقييم التجربة بحث قدمه الدكتور محمد جبر الألفي في ندوة نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة التي عقدتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات ص ٦٣ .

(ت ٧٩٤هـ) له المنثور في القواعد ، وابن رجب الحنبلي له القواعد في الفقه، والقواعد في الفروع لعلي بن عثمان (ت ٧٩٩هـ) ومحمد بن محمد الزبيري (ت ٨٠٨هـ) له " أسنى المقاصد في تحرير القواعد " وابن الهائم المقدسي (ت ٨١٥هـ) له القواعد المنظومة، وتقي الدين الحصني (ت ٨٢٩هـ) ألف كتاب القواعد وابن عبدالهادي (ت ٨٨٠هـ) ألف القواعد والضوابط وألف ابن غازي المالكي (ت ٩٠١هـ) الكليات الفقهية والقواعد ، وألف السيوطي (ت ٩١٠هـ) الأشباه والنظائر والونشريسي (ت ٩١٤هـ) إيضاح المسالك إلى قواعد الامام مالك " وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) ألف الأشباه والنظائر.

وهكذا ازدهر التأليف في هذا العلم العظيم بفضل عطاء علماء هذا العصر من المذاهب الفقهية المختلفة بصورة رائعة أحلته مكانه اللائق به بين العلوم الاسلامية الأخرى كما أن التأليف فيه تنوع بين نظم ونثر وطي ونشر بطريقة ترضى كل الأذواق وتلبي كل الحاجات [٢٤٥] .

٦ - من صور التأليف التي شهدها هذا العصر الكتابة في موضوع واحد من موضوعات الفقه كما هو الشأن في الاتجاهات الحديثة في البحث العلمي ومن الكتب التي صنفت في ذلك كتاب " الالتزامات " ليحيى بن محمد الحطاب المالكي (ت ٩٩٣هـ) وكتاب " العقد" لابن تيمية [٢٤٦] .

وأخيراً فإن هذا العصر وإن شهد الجهد العلمي السابق إلا أن هناك سلبيات أخذت عليه وهي :

(٢٤٥) راجع القواعد الفقهية ، للأستاذ علي أحمد الندوي ص ١٢٨ .

(٢٤٦) راجع المدخل للفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور على حسن الشاذلي ص ٣٣١.

أولاً : السمة التي غلبت عليه في الجنوح نحو الاختصار في كتابة المادة الفقهية ، والاختصار في كتابة المادة الفقهية وإن لم يكن قد جد على الفقه الاسلامي في هذا العصر حيث عرفه عصر الاجتهاد المقيد حين عمد بعض الفقهاء إلى اختصار مدونات أئمتهم الأولى التي غلب عليها البسط والاتساع ككتب ظاهر الرواية الستة التي اختصرها المروزي الشهير بالحاكم الشهيد (ت ٣٣٤هـ) في كتابه الجامع وكاختصار المزني (ت٢٦٤هـ) لمؤلفات الامام الشافعي واملاءاته في كتاب " المختصر " . واختصار ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ) لمدونة الإمام مالك وكذلك تهذيب البرادعي (ت ٤٤٠هـ) لها ، وكاختصار أبي القاسم الخرقي (ت ٣٣٤هـ) لآراء الحنابلة .

الاختصار وإن كان معروفاً بالصفة السابقة إلا أنه في هذا العصر تجاوز ذلك ولم ينح نحو الإختصار الأول الذي كان أقدر على تلخيص المسائل مع الوضوح لتتحقق الفائدة المرجوة منه وإنما نحى إلى الحرص على جمع الكثير من المسائل في القليل من الألفاظ وصحب ذلك ضعف في اللغة كما يرى الشيخ محمد الخضري فنجم عن ذلك الغاز في الكلام يصعب معه الفهم في كثير من الأحيان وقد أورد الشيخ الخضري أمثلة لذلك من مختصر خليل (ت ٧٧٦هـ) في المذهب المالكي والمنهاج للنووي في المذهب الشافعي والكنز للنسفي (ت) في المذهب الحنفي [٢٤٧].

هذا ويعلل بعض المؤرخين ظهور مثل هذا النمط من التأليف في الفقه بالخوف الذي سيطر على الفقهاء من ضياع الثروة الفقهية كما حدث في حملة هولاكو على بلادهم؛ لهذا وتحسباً لمثل تلك الظروف رأوا أن

(٢٤٧)تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

يختصروا الفقه في أضيق حيز ممكن حتى يتسنى ويسهل معه حمله من مكان إلى مكان [٢٤٨].

على أن بعض الكاتبين يعتبر مثل هذا التلخيص نوعاً من التقنين للفقه ذلك أن الفقه كان متسعاً وثرياً في العهود السابقة ولم يبق إلا تقنينه في هذه المرحلة [٢٤٩]

وهذا الرأي لايمكن قبوله على إطلاقه لأن بعض هذه المتون يحمل تفريعات قد تبعده عن دائرة التقنين إلا أن بعضها حقيقة يشبه التقنين كالدر المختار لابن عابدين [٢٥٠]، ومختصر خليل لأن خليل اقتصر فيه فقط على مابه الفتوى من الأقوال [٢٥١] وقد اعتبر بعض المستشرقين مختصر خليل هذا فعلاً داخلاً في دائرة التقنين فترجموه [٢٥٢] Code Muslman .
هذا وأضرار هذا النوع من التأليف بالفقه كان في الجانب التعليمي لا التشريعي واضراره بالجانب التعليمي يرجع إلى حصره لامكانات الطلاب والدارسين في الحفظ والاستظهار وأن هذه المتون تفوت عليهم معرفة الآراء المختلفة للمذاهب والمقارنة بينها أما من الناحية التشريعية فأعتقد أن هذه المتون لها دور كبير لأنها حصرت نفسها في جمع الأقوال الراجحة

---

(٢٤٨) المرجع السابق ٣٣٢.
(٢٤٩) محاولات تقنين الفقه الاسلامي بحث للدكتور محمد جبر الألفي ٧٣.
(٢٥٠) المدخل للفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور علي حسن الشاذلي ص ٣٣٢.
(٢٥١) الفكر السامي ٢: ٢٤٤ .
(٢٥٢) محاولات تقنين الفقه الاسلامي ٧٥ .

في المذاهب وقد يكون في ذلك تسهيلاً على القضاة و المفتين وفي هذا المعني يقول خليل (ت ٧٧٦) صاحب المختصر في صدر مختصره " مختصراً مبيناً لما به الفتوى " ويعقب الحجوي على هذا بقوله " فلا يستغنى عنه ولايترك بل يدرس ويمرن عليه المنتهون ليستعينوا به في الفتوى والقضاء للحاجة الداعية إليه لجمعه من المسائل ماينذر أن يوجد في غيره فربما تقع المسألة ولاتوجد إلا فيه مع تحريره المسائل واتقانه وتبيينه للمعتمد المشهور من القولين أو الأقوال [٢٥٣] .

وعلى كل حال فقد تبعت تلك المتون شروح كثيرة في المذاهب المختلفة كما أن تلك الشروح تبعتها حواشي وتقريرات[٢٥٤] .

ثانياً - ماساده من ضعف المقارنة الفقهية بين آراء المذاهب ؛ لأن علماء كل مذهب انحصر همهم في التأليف في مذهبهم وعرض آرائه .
وقد أدى ذلك إلى حصر الدارسين في إطار مذاهبهم لايتعدونها؛ وبالتالي أدى إلى إضعاف روح البحث والنظر والمقارنة والتحليل والاستنتاج والترجيح الحر، وذلك بلا ريب له أثره على تطور الفقه الاسلامي في مده اللاحق .

ثالثا - مما يؤخذ على هذا العصر أنه حال بين الناس وبين الرجوع إلى كتب الأئمة الأولى وهي كتب واضحة العبارة، سهلة المأخذ يتبع فيها الرأي الفقهي غالباً بما يدعمه من دليل من النص أو الاجتهاد ككتب ظاهر

---

(٢٥٣)الفكر السامي ٢ : ٤٠٢.

(٢٥٤)الفكر السامي للحجوي ٢ : ٢٤٥ .

الرواية الستة لمحمد بن الحسن الشيباني في المذهب الحنفي وكالأم للإمام الشافعي والمدونة المروية عن الإمام مالك[٢٥٥] .

والذي حال بين الناس وبين الكتب الأولى هو اقتصارهم في الدراسة على كتب المتأخرين وفي ذلك يبالغ بعض المالكية فيقول : " إنما نحن خليليون إن ضلَّ ضللنا " ويعقب أحمد بابا التنبكتي على ذلك فيقول : " وذلك دليل دروس الفقه وذهابه، فقد صار الناس من مصر إلي المحيط خلليون لامالكية [٢٥٦] .

رابعاً - من سلبيات هذا العصر انقطاع الصلة بين العلماء ، إذ شهدت الأدوار التي سبقته صلات حميمة بين الفقهاء في أنحاء العالم الاسلامي كله قربت بين المشرق والمغرب واستطاعت أن تنقل الفقه من المشرق إلى المغرب بسهولة وسرعة كما أنها أدت إلى جمع الحديث وإلى التلاقح بين الاتجاهات الفقهية المختلفة فلولا رحلة محمد بن الحسن الشيباني إلى الامام مالك لما كان التلاقي بين الفقه العراقي والحجازي، ولولا رحلة أسد بن الفرات من القيروان إلي المدينة ومن ثم العراق لما كانت الأسدية وبالتالي ماكانت مدونة سحنون التي تعتبر الأسدية أصلاً لها وهكذا كان للرحلات العلمية والمراسلات التي تقع بين الفقهاء أثر كبير في ازدهار الفقه أما في هذا العصر فقد سكنت تلك الحركة النشطة لأن أهل كل مذهب وأهل كل مصر اكتفوا بما عندهم واقتصروا عليه [٢٥٧] .

---

(٢٥٥) تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري : ٢٦٩ .

(٢٥٦) الفكر السامي للحجوي ٢: ٢٤٥ .

(٢٥٧) تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد الخضري ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

خامساً - من سلبيات هذا العصر إهمال النظر إلى مقاصد الشريعة من أحكامها والتعلق بالفروع والجزئيات : ولاشك أن من شأن ذلك إذكاء الخلاف ؛ ذلك أن تعليق النظر بمقاصد الشريعة من شأنه أن يجمع الفقهاء على كليات تقرب شقة الخلاف بينهم؛ وذلك مادفع الامام الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) أن يؤلف كتابه الموافقات في مقاصد الشريعة وذكر في تعليل تسميته بالموافقات لتوفيقه بين مذهبي مالك وأبي حنيفة [٢٥٨].

سادساً - من سلبيات هذا العصر ضعف الفقهاء في العلوم التي من شأنها أن تساعد في تأكيد الملكة الفقهية لانشغالهم بالمتون فقد أدى ذلك إلى إهمالهم للحديث وضعفهم في اللغة وأصول الفقه وعدم معرفتهم بأحوال مجتمعهم وحاجات أمتهم حتى أهملوا - كما يقول الشيخ الطاهر بن عاشور - أحكام صور من البيوع ونزلوا على بيوع الناس اليوم أحكام بيوع الآجال التي كانت في القرون الأولى من الهجرة ولم يعتنوا بتخريج أحوال البيوع الحاضرة. [٢٥٩]

---

(٢٥٨)راجع " أليس الصبح بقريب " لسماحة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ٢٠٠ ومقدمة الامام الشاطبي لكتابه الموافقات .

(٢٥٩)أليس الصبح بقريب ٢٠١ - ٢٠٢ .

الباب الثاني

" الواقع المعاصر للتشريع الإسلامي "

تقديم :

رأينا من خلال دراستنا لتاريخ التشريع الإسلامي في أدواره الأساسية الثلاثة التي سلف الحديث عنها وهي دور الوحي ودور الإجتهاد ودور التقليد ، رأينا كيف بدأ ذلك التشريع نشأته بالوحي الذي أرسى العقيدة والأخلاق وقفى بالأحكام العملية مفصلا لها فيما لا تقبل طبيعته الإجمال ، وواضعا للأسس والمصادر والمقاصد فيما لا تتحمل طبيعته التفصيل بطريقة فسحت المجال لاجتهاد الصحابة - رضوان الله عليهم - حينما جاء دورهم ودعتهم الحياة بدواعيها العملية لذلك فكان الشرح وكان التفسير وكان الإظهار والإبراز لحكم الله فيما لم يرد فيه نص مباشر ، كما رأينا كيف أن منطق الصحابة في الإجتهاد - بحكم اختلاف تلقيهم للسنة واختلاف ملكاتهم في التقدير - بدأ يؤدي إلي قليل من الاختلاف بينهم ذلك الاختلاف الذي انعكس في مجموعة من القضايا والفتاوى المتولدة عن عصرهم ثم ورث ذلك عنهم خلفهم من التابعين الذين أخذوا عنهم وتتلمذوا على أيديهم ثم واجهوا هم أيضا عصرهم وبيآتهم التي كانوا بها بكل ما تمور به من أعراف وأحداث تختلف في كمها ونوعها عن عصر الصحابة .

وقد تكثف كل ذلك وأدى إلى اختلاف فقه كل مصر عن الآخر ، بل وأكثر من ذلك أدى إلى تركز الفقه في تيارات ونزعات فقهية مشهورة في الشام والعراق والحجاز ومصر واليمن ولم يخل الأمر أيضا من اختلاف حول قضية الخلافة أدى هو الآخر إلى ظهور نزعات واتجاهات .

وعن تلك الاتجاهات والنزعات جميعا انبثقت المذاهب الفقهية في مرحلة زمنية لاحقة حاملة لكل تلك الاختلافات فقاد ذلك إلى انفراج في المواقف

واختلافات في المواقع وبخاصة حول السنة والرأي ونشأت عن ذلك مناظرات ومجادلات ، وهنا كان لابد من وقفة لضبط المناهج وتقنينها ، وهذا ما نهض به الامام أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي حينما دون رسالته التي كانت بمثابة اللبنة الأولى في التأليف في علم الأصول كما دون كل امام مذهب وتلاميذه المبكرون فقه مذهبهم .

ثم جاء دور الإجتهاد المقيد بأصول تلك المذاهب فنهض علماؤه بشرح فقه مذاهبهم وتعليله وضبطه والترجيح بين أقواله وبالجملة أضافوا إليه في كل جانب من جوانبه ما أغنى تلك المذاهب وأثراها بل وجعل فقه كل مذهب منها فقها قائما بذاته - لا من حيث الاختلاف مع غيره من المذاهب لأن وجوه الالتقاء أكثر من وجوه الاختلاف - وإنما من حيث وفرة المدونات واتساع قاعدة الاستنتاج كما أنهم بصنيعهم ذلك لم يدعوا مجالا كبيراً لمن جاء بعدهم سوى التقليد المطلق والركون إلى الثروة الفقهية التي تكونت عبر زمن طويل وبفعل أحداث كثيرة، وفي أطار جدلية ذاتية متصلة ، فداروا حولها بالتلخيص والاختصار وتفننوا في ذلك حتى نجمت عن جهودهم بعض أضرار سلفت الإشارة إليها في حينها .

هذا هو على كل حال بناء الفقه الإسلامي فيما سلف من عصوره المختلفة عند النشأة والتأسيس وحال الازدهار والقوة ثم عند التقليد الذي انتهى إلى ضعف - كما يصوره المؤرخون - مع بيان أسباب ذلك كله .....

وأخيرا فلعل التعرف على ذلك البناء يتيح لنا السؤال عن واقع التشريع الإسلامي اليوم وذلك هو السؤال الذي نثيره الآن ونحاول - بقدر المستطاع - الإجابة عليه .

لا شك أن الفقه الإسلامي قد دخلته - في واقعه المعاصر - بعض صور التجديد على الصعيدين التعليمي والتشريعي ، ويعتبر هذا التجديد صدى لجهود كبيرة بذلها زعماء الاصلاح الذين عرفهم العالم الاسلامي في تاريخه الحديث ، ويأتي في صدارتهم الإمام محمد بن عبد الوهاب (ت ١٢٠٦ هـ) الذي ظهرت دعوته بنجد والحجاز وعمل من خلالها على اصلاح العقيدة ومحاربة البدع التي لا أساس لها من الدين ، وكان على مذهب السلف من حيث التمسك بالقرآن والسنة والإمساك عن الخوض في الفلسفة والتأويل . كما أنه كان على مذهب الإمام أحمد بن حنبل في الفقه إلا أنه إشتهر بعدم الجمود على ذلك المذهب بل كان ديدنه إذا وجد دليلا أخذ به وترك أقوال المذهب [٢٦٠] .

يليه السيد جمال الدين الأفغاني (ت ١٣١٤ هـ) والسيد جمال الدين وإن كان يشارك الإمام محمد بن عبد الوهاب في الدعوة إلى الإصلاح إلا أن دعوته إليه لم تكن قاصرة على جانب العقيدة والفقه وحدهما وإنما شملت أيضا الجوانب الإجتماعية والسياسية بتركيز على الدعوة لوحدة المسلمين كما أن دعوته كانت ذات أثر كبير في شتى أصقاع العالم الإسلامي ولم تقتصر على مكان واحد ، وقد آتت ثمارها في تلاميذه الكثيرين في مصر والجزائر وأندونيسيا [٢٦١] .

وفي جانب الفقه والتشريع دعا جمال الدين الأفغاني إلى التمسك بالقرآن

---

(٢٦٠) الفكر السامي ٢ : ٣٧٢ . وقد كان تركيز الإمام محمد بن عبد الوهاب في اصلاحه على العقيدة حيث عمل على تنقيتها وتصفيتها مما علق بها من بدع وخرافات ، وبصنيعه ذلك كان مصلحاً قاد اصلاحه في العقيدة إلى الاصلاح في الفقه في المراحل اللاحقة .

(٢٦١) الفكر الإسلامي الحديث وصلته بالإستعمار الغربي للدكتور محمد البهي ص ٩٠ .

والسنة وإلغاء العصبية المذهبية ، وطرح التقليد ، وإعمال العقل في فهم القرآن والملاءمة بين مبادئه والظروف الحالية التي يعيشها المسلمون "[٢٦٢] .

بل وأكثر من ذلك فقد استنكر دعوى سد باب الإجتهاد وقال في ذلك : " ما معنى باب الإجتهاد مسدود ؟ وبأي نص سد ؟ وأي إمام قال لا يصح لمن بعدي أن يجتهد ليتفقه في الدين ويهتدى بهدي القرآن وصحيح الحديث والإستنتاج بالقياس على ما ينطبق على العلوم العصرية وحاجات الزمان وأحكامه "[٢٦٣] "

ثم جاء من بعده تلميذه الإمام الشيخ محمد عبده (ت ١٣٢٣ هـ) الذي كان ظاهر الدعوة إلى الاجتهاد ونبذ التقليد وقال في شأن علماء زمانه المقلدين : " إنهم يقرءون الأصول ولا يخطر ببال أحد منهم أن يرجع فرعا من هذه الكتب إلى أصله أو يبحث عن دليله بل لم يخجلوا أن يقولوا : نحن مقلدون لا يلزمنا النظر في الكتاب والسنة ، ودانوا لكتب المتقدمين على تعارضها وتناقضها الذي شتت به شمل الأمة ، ويكتفون بقول " وكلهم من رسول الله ملتمس " "[٢٦٤] وقد عرف عنه الإجتهاد في بعض الأحكام التي أصدرها حينما تولى منصب القضاء "[٢٦٥] "

كما كان يرى أن تجاوز الأحكام الشرعية في بعض الأحوال سببه جمود الفقهاء على ما جاء في كتب المتأخرين وعدم معرفتهم بظروف زمانهم وتطبيق

---

(٢٦٢) التشريع الإسلامي تاريخه وخصائصه للدكتور محمد مصطفى إمبابي ص ٣٤٠ .

(٢٦٣) زعماء الاصلاح للاستاذ أحمد أمين ص ٣٣٧ نقلا عن الفقه الاسلامي تاريخه وخصائصه ص ٣٤١ .

(٢٦٤) التشريع الإسلامي تاريخه وخصائصه : ٣٤٢ .

(٢٦٥) المرجع السابق والصفحة ومراجعه .

الأحكام عليها بطريقة تمكن الناس من اتباعها [٢٦٦] .

وكان من بين ما دعا اليه الرجوع إلى كتب المذاهب الأولى ، وفوق ذلك فقد اشتهر باصلاحاته لنظام التعليم في الأزهر [٢٦٧] .

ومن المجددين في هذا العصر محمد اقبال الذي دعا ضمن مادعا إليه للإجتهاد في الأحكام وكان يرى أن التراث الفقهي نفسه يحمل في تضاعيفه الدعوة إلى الإجتهاد وإمكانيته [٢٦٨] .

والسيد / عبد الرحمن الكواكبي (ت ١٣٢٠هـ) وكان من الداعين إلى الإجتهاد ونبذ التقليد [٢٦٩] .

ومحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي (ت ١٣٧٦ هـ) الذي دعا في كتابه الممتاز في تاريخ الفقه الإسلامي المسمى بالفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي إلى تجديد الفقه [٢٧٠] وتنقيح كتبه وتنظيمها لتسهل الاستفادة منها [٢٧١] .

والإمام محمد الطاهر بن عاشور الذي ألف في مقاصد الشريعة ودعا إلى إصلاح التعليم العربي الإسلامي بكل فروعه في دراسة شاملة لتاريخ العلوم الإسلامية وأسباب الضعف التي طرأت على نظم تعليمها وسبل الإصلاح ومن بين

---

(٢٦٦) الفكر الإسلامي الحديث وصلته بالإستعمار الغربي ١٣٦ .

(٢٦٧) المرجع السابق ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢٦٨) المرجع السابق ٣٧٨ .

(٢٦٩) التشريع الإسلامي تاريخه وخصائصه ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

(٢٧٠) راجع الفكر السامي ٢ : ٣٩١ .

(٢٧١) المرجع السابق ٢ : ٤٠٥ .

تلك العلوم الفقه وأصول الفقه [٢٧٢] .

والشيخ محمد مصطفى المراغي (ت ١٣٦٣ هـ) الذي اشتهر ببعض الإصلاحات في التعليم في الأزهر حينما تولى مشيخته وبعض الاصلاحات في القضاء الذي وليه قبل مشيخة الأزهر [٢٧٣] .

وقد تبعت دعوات الإصلاح السابقة إصلاحات شملت جوانب كثيرة لتطوير الفقه الإسلامي والاستجابة للحاجات المعاصرة وهي :

١- التعليم الفقهي .

٢- البحث العلمي في الفقه .

٣- التأليف في الفقه .

٤- المجامع الفقهية والمؤتمرات .

٥- التشريع والتقنين .

أولا : التعليم الفقهي :

من الإصلاحات التي أدخلت على التعليم الفقهي أن دراسته في جامعة الأزهر لم تعد قاصرة على مذهب فقهي واحد كما هو الشأن في عصر التقليد ، وإنما أضحت بحسب موضوعات الفقه وفي كل موضوع تورد آراء المذاهب الفقهية المختلفة كما أدخلت في مناهج الأزهر مادة للفقه المقارن يقارن فيها بين آراء المذاهب الفقهية المختلفة في موضوعات مختارة مع بيان أدلة كل مذهب ومن ثم الموازنة بين الآراء والأدلة للخلوص إلى ترجيح الرأي الذي يسنده الدليل القوي أو يكون أكثر

---

(٢٧٢) راجع أليس الصبح بقريب تأليف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ١٩٦ - ٢٠٥ .

(٢٧٣) راجع ترجمة الشيخ المراغي في أصول الفقه تاريخه ورجاله للدكتور شعبان محمد اسماعيل ص ٥٧٨ .

استجابة لمصالح الناس اليوم ، وأقدر على تلبية حاجاتهم .

ولا شك أن هذا النوع من الدراسة يغرس في الدارس ملكة الفقه كما أنه يعطيه مرانا على الترجيح بين الآراء مع تزويده بقدر من الجرأة على اختيار الرأي الذي يرى سلامته .

ولم تقتصر المقارنة بين المذاهب الفقهية وحدها وإنما شملت أيضا مقارنة الفقه الإسلامي مع القوانين الوضعية لبيان قدرته على تناول كل المسائل التي تناولتها فضلا عن سموه عليها لأنه فقه ناشىء من خلال فهم القرآن والسنة وهما وحي من عند الله سبحانه وتعالى كما أنه - في بعض حالاته - اجتهاد علماء تميزوا بالثبات في عقيدتهم والكمال في خلقهم ، ولم يعرف عنهم الدوران مع الهوى أو الغرض وإنما كان هدفهم دائما رضا الله سبحانه وتعالى ؛ فالبحث عندهم في مسائل الفقه وأحكامه كان دينا قبل أن يكون حرفة .

وفضلا عن ذلك فقد أدخلت في مناهج الأزهر مادة لتاريخ التشريع الإسلامي تبين تاريخه وأطواره المختلفة التي اجتازها للوقوف على عوامل القوة ، وأسباب الضعف التي اعترته في بعض الأحيان ؛ ليكون ذلك دافعا لانطلاقه جديدة به كما أدخلت مادة الشريعة الإسلامية ضمن مناهج كليات الحقوق بطريقة تغطي أغلب فروع الفقه الإسلامي .

ولا شك أن دراسة الشريعة مع القانون تفتح ذهن طالب القانون لمعرفة الشريعة وعشقها كما تحفزه للمقارنة بينها وبين القانون ، وهذا ما حدث فإن كثيرا من أعلام القانون في العالم العربي المعاصر صدرت لهم دراسات مقارنة مع الشريعة الإسلامية أبرزوا من خلالها دقة الفقه الإسلامي وقدرته للإستجابة لحاجات

الناس المعاصرة ، وفي صدارة هؤلاء العلماء المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتبه وبحوثه ، ومن أشهرها في هذا المجال كتاب " مصادر الحق " والأستاذ عبد القادر عودة صاحب كتاب " التشريع الجنائي الإسلامي " وكثير غيرهم .

ثانيا : البحث العلمي في الفقه :

لا شك أن البحث العلمي في الفقه قد نشط في العصر الحاضر وغدا أكثر منهجية وسلاسة ؛ وذلك بفضل إنشاء قسم للتخصص في الأزهر وإدخال مادة الشريعة الإسلامية في أقسام الماجستير والدكتوراة بكليات الحقوق ، وقد أدى ذلك إلى ظهور دراسات رأسية متعمقة في موضوعات كثيرة من موضوعات الفقه الإسلامي ، وكل ذلك أعان في تجديده وتطويره ....

ثالثا : التأليف في الفقه والموسوعات الفقهية :

لقد نشط التأليف في الفقه في العصر الحاضر كما اتسم بالسهولة واليسر، والفضل في ذلك يرجع إلى المقررات الدراسية في الجامعات الإسلامية التي عكف كاتبوها - من أساتذة الجامعات - على الكتب التراثية الأولى يدرسونها ويقدمون مادتها للطلاب والباحثين سهلة ميسرة .

ولا شك أن الجهود الطيبة التي بذلها أساتذة كبار في هذا الصدد كان لها أثر كبير في ذلك أمثال الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر ، والشيخ عبد الرحمن تاج ، والدكتور محمد يوسف موسى ، والشيخ أحمد ابراهيم ، والشيخ عبد الوهاب خلاف ، والشيخ محمد أبو زهرة ، والشيخ على الخفيف ، والشيخ فرج السنهوري ، والشيخ محمد الزفزاف وبجانب المؤلفات الحديثة في الفقه فقد حفل هذا العصر بموسوعات للفقه الإسلامي تعمل على تقديم خلاصة مركزة عن

موضوعاته بطريقة معجمية تسهل الرجوع إليه وسرعة الإستفادة من أحكامه ، ومن موسوعات الفقه الإسلامي موسوعة جمال عبد الناصر التي أصدرت أجزاءً منها وزارة الأوقاف في مصر ، والموسوعة الفقهية الكويتية التي تضطلع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في الكويت بعبء إعدادها وإصدارها .

بالإضافة إلى ذلك أنجزت في هذا العصر معاجم للمراجع الفقهية مهمتها تسهيل الرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية كمعجم فقه ابن حزم الظاهري الذي أصدرته كلية الشريعة بجامعة دمشق في سنة ١٩٦٦ وهو يقع في مجلدين ، وكتاب " معجم الفقه الحنبلي " المستخلص من كتاب المغني لابن قدامة الذي أصدرته دولة الكويت [٢٧٤] .

رابعا : المجامع الفقهية والمؤتمرات :

من مظاهر النشاط الفقهي البارز في العصر الحديث إنشاء مجامع للبحوث الإسلامية ، وأول مجمع أنشأ في ذلك هو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر بمصر الذي أنشأ سنة ١٩٦١ م، وهو يتكون من أعضاء من كبار العلماء في العالم الإسلامي مع مراعاة تمثيلهم لكل المذاهب الفقهية ، ويرأسه شيخ الأزهر ، وله أمين عام وأمناء مساعدون .

ومهمة المجمع تجديد الثقافة الإسلامية في شتى جوانبها وإبعادها عن التعصب مع تيسيرها واشاعتها بالإضافة إلى إعطاء فتاوي فقهية في بعض

(٢٧٤) راجع المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي للأستاذ الدكتور/عبد الرحمن الصابوني وآخرين ص ٣٦٢.

المشكلات المعاصرة بعد دراستها وإعداد بحوث فيها من قبل العلماء المختصين "[275] .

وقد تبع هذا المجمع مجمعان آخران هما : مجمع الفقه الإسلامي بمكة وهو تابع للمملكة العربية السعودية ، ومجمع الفقه الإسلامي بجدة وهو تابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ويتخذ من جدة مقرا له . وفيما وراء ذلك نشأت في العصر الحديث مراكز متخصصة لدراسة جوانب الفقه الإسلامي المختلفة منها مركز بحوث الإقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز بجدة بالمملكة العربية السعودية والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، والمعهد العالمي للفكر الإسلامي بأمريكا وهيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية ولجان الفتوى الرسمية والأهلية .

أما المؤتمرات الفقهية فقد عقدت ولا تزال تعقد العديد منها لدراسة قضايا الفقه الإسلامي وإعطاء توصيات بشأنها .

ولا شك أن الدراسات التي تعد لهذه المؤتمرات مادة فقهية ذات أثر بعيد في تطوير الفقه الإسلامي كما أن توصياتها تعين في حل كثير من المعضلات التي تعترض المسلمين في حياتهم المعاصرة . ومن هذه المؤتمرات أسابيع الفقه الإسلامي المتخصصة التي بدأتها كلية الحقوق بجامعة باريس ثم تولاها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بجمهورية مصر العربية ، وقد عقد منها أسبوع للفقه الإسلامي في دمشق سنة ١٩٦١ ، وأسبوع للفقه الإسلامي بتونس سنة ١٩٧٤ وأسبوع للفقه الإسلامي بالرياض سنة ١٩٧٧ كما عقدت جامعات المملكة العربية السعودية مؤتمرات وندوات عديدة أبرزها المؤتمر العالمي الأول للإقتصاد الإسلامي الذي دعت

---

(٢٧٥) التشريع الإسلامي خصائصه وتاريخه للأستاذ الدكتور/ محمد مصطفى امبابي ٣٤٨ - ٣٥١ .

له جامعة الملك عبد العزيز بجدة وعقد في مكة المكرمة سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ١٩٧٦ م ومؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض الذي دعت له جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وعقد في نفس السنة ، ومؤتمرات أخرى كثيرة يصعب حصرها عقدتها الجامعات ومجامع البحوث الإسلامية ومراكز البحث العلمي المختلفة في أنحاء العالم الإسلامي لدراسة الفقه الإسلامي والقضايا المتصلة به ...

تعقيب:

هذا ما كان من شأن بعض نواحي التجديد في الفقه الإسلامي في جوانب التعليم والبحث العلمي والتأليف والمجامع الفقهية والمؤتمرات وهي - كلها - كما ذكرنا أوجه نشاط للفقه الإسلامي في واقعه المعاصر لها أثرها البين على النشاط التشريعي .

يبقى - بعد ذلك - الحديث عن التشريع نفسه وتقنين الفقه الإسلامي ، وهذا الجانب هو أهم الجوانب وأولاها بالحديث في هذه المرحلة ؛ لأن الجوانب الأخرى ما هي الا خادمة له ، وبقدر التطور فيه يلمس التطور في تلك الجوانب كما أنه يمثل الإنعكاس العملي لحياة المسلمين ؛ ولهذا اعترته تعقيدات رهيبة تتمثل في دخول القوانين الأجنبية عليه وتطبيقها في أغلب بلاد العالم الإسلامي مع التمكين لأصولها وثقافتها وربط الدراسة القانونية بها .

لهذا رأينا أن نعقد فصلا خاصا عن : " الفقه الإسلامي والنظم القانونية المطبقة في العالم الإسلامي " وفصلا آخر عن : " الفقه الإسلامي والنظم القانونية الحديثة " وبذلك يكمل الحديث عن الواقع المعاصر للتشريع الإسلامي .

الفصل الأول
الفقه الإسلامي والنظم القانونية المطبقة في العالم الإسلامي المعاصر

تقديم :

لا يكفي لدارس تاريخ التشريع الإسلامي أن يلم بمراحل التطور الفقهي في الماضي ، وإنما عليه إلي جانب ذلك أن يتأمل ماآل إليه وضع هذا التشريع وتطبيقاته الحاضرة في العالم الإسلامي ، حتي يستطيع هذا الدارس أن يفهم ما حوله وأن يحدد الدور المطلوب منه في بناء النهضة التشريعية التي يتأهب العالم العربي والإسلامي لصياغة أبعادها وجمع الجهود حولها ، وذلك لأن المستقبل ليس سوي امتداد للحاضر

وتدور الجهود التشريعية في حاضر العالم الإسلامي حول قطبين متناقضين في ظروف التكوين والمصادر والمنطق الفني . أولهما هذه القوانين المستمدة من أصول أوربية فرضتها القوي الغربية في الأعوام المائة الأخيرة ، وأصبحت هذه القوانين تشكل واقعنا التشريعي بمؤسساته التعليمية والقانونية والقضائية والتنفيذية ، ولا يستطيع أحد أن يتجاهل وجودها الكثيف حوله . وإنما تطبق هذه القوانين في أكثر بلاد العالم الإسلامي في المجالات الجنائية والمدنية والدستورية والإدارية وفي قوانين الإجراءات والإثبات والتجارة . والثاني : هذه القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ومن اجتهادات الفقهاء المسلمين بمذاهبهم المتعددة . وإنما تطبق هذه القوانين بشكل أساسي في مجال الأسرة .

وإذ تدور هذه الجهود حول هذين القطبين المتنافرين من هذه الأوجه فإنه لا سبيل إلي استمرار هذا التنافر وهذه الازدواجيه .. إلي الأبد . ولذا ينمو هذا الاتجاه الداعي الي القضاء علي هذه الازدواجية بضرورة الإفادة من الثقافتين الفقهية الشرعية والقانونية للخروج بثقافة تشريعية موحدة .

وتتغيا هذه الثقافة التشريعية الموحدة الاستجابة للمصالح الاجتماعية دون خروج علي ما توجبه النصوص الشرعية وما أجمع عليه علماء الأمة في مسيرتهم التاريخية العبقة ، وإنما يتم تحقق ذلك بالإفادة من كل من ثمرات التفكير القانوني الحديث في التنظير والتقعيد ومما جادت به قرائح الفقهاء المسلمين من صياغات فنية تدعم الخلق وتؤكد الضمير . ولا شك في أن الوصول إلي هذا الهدف يتطلب إيمان المخلصين من أبناء هذه الأمة بوجوب التعاون بين المشتغلين بالثقافة الفقهية الشرعية والثقافة القانونية ، حتي يمكن الجمع بين الأصالة والمعاصرة . ويبدو لي ولكثير من الباحثين أن هذا التعاون علي صياغة ثقافة قانونية موحدة هو واجب هذا الجيل الحاضر والأجيال التالية له .

وإذا وضعنا هذا كله في الاعتبار فإن هذا الفصل سينقسم إلي المباحث التالية:

المبحث الأول : الاستمداد من القوانين الغربية والظروف التاريخية لصياغة القوانين الحالية .

المبحث الثاني : التطبيق الشرعي في البلاد الإسلامية فيما سوي مجال الأسرة

المبحث الثالث : مناهج التطبيق الشرعي في البلاد الإسلامية في مجال الأسرة .

المبحث الأول

الاستمداد من القوانين الغربية

١- الظروف التاريخية :

نجح الفقه الإسلامي علي مر العصور في الاستجابة للاحتياجات المتغيرة للمجتمعات الإسلامية في علاقاتها الداخلية والخارجية بفضل هذه الحيوية التي كفلتها له مرونة مصادره وتنوعها وبفضل هذه الجدية التي اتسم بها عمل الفقهاء والقضاة . ويكفي الالتفات إلي جهود المفتين في النوازل التي وقعت لهم وأجابوا عنها فيما هو مدون في كتب النوازل وواقعات المفتين لمعرفة هذا النجاح . وقد تصدي القضاة لملاحقة الواقع والحكم في المشكلات الاجتماعية علي نحو كان له أثره في تجديد روافد التفكير الفقهي والاستجابة للمصالح رغم جمود أتباع المذاهب علي تقليد أئمتهم والمدون في المؤلفات الأساسية لهذه المذاهب .

غير أن الغرب قد بدأ بنهاية العصور الوسطي في شن غاراته العسكرية والثقافية علي المجتمعات الإسلامية ، وبيت النية علي تقويض النظام التشريعي والسياسي للبلاد الإسلامية لربط هذه المجتمعات بالنظم الغربية السياسية والثقافية والتشريعية . وتم للقوي الغربية النجاح في أكثر هذا الذي أرادته لضعف القوي السياسية والعسكرية التي تصدت للغارة الغربية . ولم تنجح البلاد الإسلامية إلي الآن في إبراز القوي الاجتماعية المنظمة القادرة علي تحقيق النصر في هذه المعركة المتددة . وكان أن فرض الغرب قوانينه في البلاد الإسلامية التي احتلها ، واختلف الناس في موقفهم منها ، فرأي فيها البعض أسلوبا لتحقيق المعاصرة وتبني المناهج القانونية الغربية التي أثبتت كفاءتها في دعم النهوض والتقدم، علي حين رأي فيها بعض آخر تكريسا للهيمنة الغربية ونسياناً للأصالة التشريعية للأمة وإلغاء للذات

وتعارضا مع ما يوجبه الشرع من وجوب الاحتكام لما أنزل الله عز وجل من تشريعات وأحكام . ويؤكد هذا البعض اتجاهه بأن الغرب لم يفرض قوانينه ولم يأت في بلادنا ليرعي مصالحنا ويحقق نهضتنا أو لدفع مشروعنا الحضاري إلي اختيار الصيغة المناسبة لنا في ظروف العصر الحديث ، وإنما جاء لرعاية مصالحه وفرض قوانينه لتعطيل هذه النهضة وتأجيل بناء هذا المشروع . وقد أسفر هذا الصراع عن العمل في اتجاهين مختلفين ،

الأول : إعادة صياغة القوانين الغربية بما يقربها من الفلسفة الفقهية ، كما حدث في مصر عام ١٩٤٨ حين أتي القانون المدني الجديد متضمنا العديد من الأحكام المستمدة علي نحو مباشر من الفقه الإسلامي ، ليحل محل القانون المدني المصري القديم الذي لم يتضمن مثل هذه الأحكام .

والثاني : دراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون للكشف عمافيه من نظريات وقواعد مع مقارنتها بمثيلاتها في التفكير القانوني . ولا يخفي أن دراسة الفقه الإسلامي علي هذا النحو المقارن ذات فائدة في تيسير تطبيق أحكامه وفي التخفيف من حدة الصراع بين الفئات المتنازعة .

والأمر بايجاز أن القوي الغربية فرضت قوانينها في العالم الإسلامي في ظاهرة لعلها لم تتكرر في التاريخ الإنساني . وهناك سببان لهذه الظاهرة :

الأول : إغلاق باب الاجتهاد و الالتزام بمتابعة أرباب المذاهب لأئمتهم ، وتوقف العلماء عندما هو مدون في بطون الكتب الفقهية من المختصرات والحواشي والشروح . يكشف عن أن هذا السبب كان وراء الاستمداد من القوانين الغربية مايرويه رشيد رضا في تاريخ الأستاذ الإمام محمد عبده أن الخديوي إسماعيل قد طلب من العلماء في عصره أن يؤلفوا كتابا في الحقوق والعقوبات ، موافقا لحال العصر ، سهل العبارة مرتب المسائل علي نحو ترتيب كتب القوانين الأوربية فرفضوا . وقد طلب الخديوي إسماعيل من رفاعة رافع الطهطاوي أن يعمل علي إقناع العلماء

بوضع مثل هذا الكتاب ، وقال له : إنك منهم ، ونشأت معهم فأنت أقدر علي إقناعهم ، فأخبرهم أن أوربا تضطرني إذا هم لم يجيبوا إلي الحكم بشريعة نابليون. وقد رفض رفاعه هذا الطلب معللا ذلك بما يدل علي سطوة التقليد في هذه الفترة ، فقال للخديوي : « إنني يامولاي قد شخت ولم يطعن أحد في ديني فلا تعرضني لتفكير مشايخ الأزهر إياي في آخر حياتي ، وأقلني من هذا الأمر ، فأقاله[1] » وبهذا فإن علماء هذا العصر قد تشبثوا بطريقة التأليف التي درجوا عليها من متون وشروح وحواشه ، رافضين مجرد الخروج علي هذه الطريقة ، حتي ولو وصل الأمر إلي استبدال القوانين الغربية بالفقه الإسلامي وإحلالها محله .

والسبب الثاني النفوذ الغربي والهزائم العسكرية المتتابعة التي لحقت بالعالم الإسلامي . وتتضح مسئولية النفوذ الغربي عن التطورات التشريعية التي جرت في العالم الإسلامي من مجرد ملاحظة تواريخ الانتصارات السياسية الغربية في البلاد الإسلامية وتبني هذه البلاد للقوانين الغربية علي النحو الذي يظهر في التحليل التالي .

٢- في الهند :

بدأت القوي الغربية التعامل مع الفقه الإسلامي وصاغت خططها لإحلال قوانينها محله في شبه القارة الهندية . وكانت الدولة المغولية تطبق أحكام المذهب الحنفي والرأي الراجح في هذا المذهب عندما تسللت شركة الهند الشرقية إلي شبه القارة متسترة خلف أهدافها التجارية في أواخر القرن السادس عشر . وقد استمرت الشركة في تطبيق أحكام المذهب الحنفي دون تغيير يذكر حتي عام ١٧٧٢ سوي إسناد القضاء إلي القضاة الإنجليزالذين عينتهم ، وكان إلي جوارهم المفتون الذين

---

(١) تاريخ الأستاذ الإمام محمد عبده ١ / ٦٢٠ وما بعدها .

يعاونون هؤلاء القضاة في تعيين الحكم المقضي به من كتب المذهب الحنفي [١] .

غير أن سياسة التدخل في النظام التشريعي علي نحو متدرج قد بدأت عام ١٧٧٢ م ، فقام وارين هستنجز Warren Hastings المستشار العام للشركة بتقديم عدة توجيهات تعلقت بترتيب المحاكم وتطبيق القانون الانجليزي في المناطق المملوكة للشركة الشرقية Residencies مع استمرار العمل في المناطق التي يسكنها الهنود والمسلمون بأحكام الفقه الحنفي والأعراف المحلية . وفيما بعد قدم هستنجز عددا من المقترحات التي تعلقت بالغاء التفرقة بين القتل العمد وشبه العمد واعتبارهما من قبيل العمد Murder مع إبطال حق أولياء الدم في العفو عن القاتل وعدم القصاص منه إن تعمد إحداث القتل وإعطاء حق العفو عن القصاص من القاتل المتعمد للدولة . ومن المقترحات التي قدمها هستنجز عدم الوقوف بالدية عند حدها المعين شرعا في الأحوال المختلفة ، ووجوب تحديدها في القتل الخطأ Manslaughter بالنظر إلي الحالة المادية للقاتل وطبيعة خطئه . لكن لم يجر تنفيذ هذه المقترحات إلابعد تولي اللورد كورنويل Cornwallis منصب المستشارية عام١٧٩٠ م . ولا شك في أن إلغاء حق الورثة في العفو ورفع هذا الحق إلي رئيس الدولة أو حاكم الاقليم أمر لا يتفق مع ماجاء في القرآن من إثبات حق العفو لأولياء الدم . ومن جهة أخري فإن اختلاف مقادير الدية الواجبة في القتل الخطأ بالنظر إلي الحالة المادية للجاني أمر يخالف مارآه علماء المسلمين وأجمع عليه فقهاؤهم .

وقد فتحت هذه التغييرات الباب علي مصراعيه لتغييرات أخري تدريجية ؛ ففي عام ١٧٩١ ألغت الحكومة الإنجليزية عقوبة الحرابة التي جاءت في القرآن

---

(1) Schacht, An Introduction To Islamic Law P. 95

الكريم في قوله تعالي (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) .

واستبدلت بهذه العقوبات عقوبة السجن مع الأشغال الشاقة والغرامة . وفي ١٧ من أبريل ١٧٩٢م أوجب الحاكم العام الإنجليزي قبول شهادة غير المسلم علي المسلم خلافا لما استقرت عليه المذاهب الفقهية الأربعة في أن الشهادة من باب الولاية ولاولاية لغير المسلم علي المسلم ، ولا تجيز هذه المذاهب الحكم علي المسلم بشهادة غير المسلم إلا علي الوصية في السفر شريطة ألا يوجد شاهد مسلم يقوم بواجب الشهادة . وإذا كانت المصلحة الاجتماعية قد سوغت هذا التغيير في رأي البعض فإن هناك عددا من التغييرات التي يصعب تقدير المصلحة الداعية إليها . من ذلك أن الحكومة الإنجليزية في الهند قد سنت عام ١٧٩٧ قانونا يقضي بحق المحكمة في الحكم بالسجن في الأحوال التي يوجب فيها الفقه الإسلامي الدية. ويشبهه كذلك القانون الصادر عام ١٧٩٩م والذي يقضي بالحكم بالقصاص علي الوالد أو الجد لو تعلق القتل بالولد أو الحفيد. ويخالف هذا القانون ماجاء في السنة من قوله صلي الله عليه وسلم : « لا يقاد من والد بولده » ، كما يخالف الإجماع المنعقد في ذلك .

ولم يأت عام ١٨١٧م حتي سنت الحكومة البريطانية قانونا يقضي بفرض عقوبة الزنا ، وهي السجن مع الأشغال الشاقة إلي سبع سنوات أو الجلد إلي ثلاثين جلدة . ويختلف ذلك مع ماسار عليه الإجماع الفقهي من التفريق بين الزاني المحصن والزاني غير المحص ، وعقوبة الأول بالرجم والثاني بالجلد مائة جلدة، وقد تضمن قانون ١٨١٧م النص علي أن هذه العقوبة خاصة بمن يرتكب جريمة الزنا من بين المسلمين ، أما المرأة غير المسلمة فلا تعاقب علي الزنا ولا يحق رفع الدعوي عليها بارتكاب فعل الزنا إلا من قبل الزوج وحده .

ويبدو أن إدخال هذه التعديلات في جسم التشريع الإسلامي قد أدي إلي تهيئة المناخ للدخول في مرحلة التغيير الشامل وفرض قوانين كاملة في مجالات معينة . وهذه هي المرحلة التي بدأت بعد منتصف القرن التاسع عشر . وفي هذه المرحلة أصدرت انجلترا قوانين العقود والأوراق التجارية والإجراءات الجنائية والقانون الجنائي الهندي . وقد صدرت هذه القوانين عام ١٨٦١م . وعلي الرغم من محاولة تصوير هذه القوانين بأنها تنظيمات لا تتناقض مع الأصول الشرعية ، وأنها مستمدة من مذاهب المجتهدين فيها طبقا لما عبر عنه Sir George Cambe فمن الواضح أن المصادر الفقهية قد انقطعت صلة القضاة ورجال القانون بها ، ولم يعد يشترط في شاغلي هذه الوظائف الإلمام بعلوم الفقه الإسلامي وأصوله مما يؤذن بانتهاء عصر وبداية عصر آخر .

وقد ترتب علي هذا التطور مايلي :

١- ازدياد الاهتمام بمؤسسة الفتوي بعد ازدياد أعبائها ، فتأسست عام ١٨٦٩ دار للافتاء في ديوبند وأصبحت هذه المؤسسة هي الملجأ الباقي للناس في تطبيق بعض أمور دينهم بعد ابتعاد مؤسسة القضاء عن وظيفتها التي قامت بها في الماضي .

٢- ربط هذه القوانين في تفسيرها وتطبيقها بالتراث القانوني الانجليزي . وولي المشتغلون بالعمل القانوني وجوههم شطر مفاهيم هذا القانون ، وذلك كمفهوم السوابق القضائية Precedents وإلزام المحاكم الدنيا بقرارات المحاكم العليا.

٣- أدي إسناد تطبيق الأحكام الشرعية في مجال الأحوال الشخصية للقضاة المتشبعين بالثقافة القانونية الإنجليزية إلي تطورات كثيرة . من ذلك ما أصدره قضاة المجلس السامي Privy Coumcil عام ١٨٩٤ من إبطال الوقف الأهلي واعتباره مجرد هبة لمن لم يولد بعد ، وهذا النوع من الهبة غير جائز في الفقه الإسلامي ،

ولذا يجب إبطال هذا النوع من الوقف [1] . لكن إبطال الوقف الأهلي علي هذا النحو خلق حالة من الإحباط بين الناس فصدر قانون تصحيح الوقف الإسلامي عام ١٩١٣[2] وعاد الاعتراف بصحة الوقف الأهلي مرة أخري .

أما في مجال الأحوال الشخصية فقد استمر العمل بأحكام المذهب الحنفي. لكن الحكومة البريطانية قد رغبت في تغيير قوانين الأسرة لفرض نظام قانوني يتفق مع المفاهيم الغربية في الزواج والطلاق . غير أن العلماء استطاعوا تجميع الجهود الشعبية لمقاومة هذا الاتجاه ، حتي كادت تحدث ثورة ضخمة ضد الحكم البريطاني ، فكفت الحكومة عن السعي لتحقيق هذا الهدف . وسعت بدلا من ذلك إلي اتباع الأسلوب الجزئي في التغيير عن طريق إصدار قوانين جزئية في موضوعات محددة . من ذلك قانون المنع من زواج الصغار [3] الصادر عام ١٩٢٩م والقانون الخاص بالتفريق بين الأزواج المسلمين الصادر عام ١٩٣٧[4] الذي يعطي الزوجة الحق في التفريق برفع الأمر إلي القاضي لأسباب تقترب من الأسباب التي أخذت بها القوانين المصرية الصادرة عام ١٩٢٠ ، ١٩٢٩

٣- في البلاد العربية :

دخلت انجلترا مصر عام ١٨٨٢ بعد انتصارها علي الجيش المصري بقيادة أحمد عرابي ، وكانت خطتها في التعامل مع الأوضاع القانونية المطبقة في البلاد

---

(1) Schact, An Introdnction To Islamic Law P. 97
(2) Massalman Wakf Validating Act, 1913.
(3) The Child Marriage Restraint Act, 1929
(4) The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1937

الإسلامية قد تبلورت هناك في الهند فأمرت علي الفور بتشكيل اللجان لوضع مشروعات القوانين التي وضعت موضع التطبيق في مصر ابتداء من عام ١٨٨٣ . وصدرت بالفعل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في ١٤ يونيو ١٨٨٣ ، فنشأت المحاكم الابتدائية والجزئية ومحاكم الاستئناف بموجب هذه اللائحة ، كما صدر القانون المدني في ٢٢ من سبتمبر من العام نفسه ، وعلقت المادة الأولي منه وجوب العمل بأحكامه في كل جهة علي مضي ثلاثين يوما من تاريخ افتتاح المحكمة الابتدائية الكائنة تلك الجهة في إداراتها . ويدل هذا علي انقطاع الصلة بين هذا القانون الجديد وبين النظام القضائي القائم .

وإنما قام بوضع هذا القانون المدني أحد المحامين الإيطاليين الذي كان يعمل قاضيا في محكمة الاسكندرية المختلطة مع مشاركة من المرحوم محمد قدري باشا، وتم وضع القانون باللغة الفرنسية أولا ثم ترجم إلي اللغة العربية بعد ذلك مما يقطع بأصل نشأته الغربية . ويكاد يكون هذا القانون منقولا من القانون المدني المختلط .

ومهما قيل في بعض المزايا التي حققها هذا القانون من كونه تقنينا حديثا ارتبط بالترتيب الحديث للنظام القضائي ولدرجات المحاكم فإن عيوبه كثيرة . وأول هذه العيوب أنه محض تقليد للقانون الفرنسي الصادر في أوائل القرن التاسع عشر، وهو بهذا يتجاهل الأعراف المحلية التي تكونت بفضل تطبيق الشريعة الأسلامية في البلاد علي مر العصور . ويتجاهل هذا القانون النظريات الفقهية الراقية التي عبر عنها الفقهاء المسلمون كنظرية التعسف في استعمال الحق وكنظرية الحوالة مطبقا بدلا من ذلك المفاهيم القانونية الفرنسية التي لم تكن قدوصلت بعد إلي هذا المستوي ، ولذا نجد فيه مفهوم الاستبدال (المادة ١٨٦ وما بعدها) بدلا من الحوالة . و من جهة أخري فإن القانون مترجم عن الصياغة الفرنسية ولذا نجد فيه بعض عيوب الصياغة كالغموض وعدم الدقة وعدم وضوح المصطلحات مما يجدر أن يكون محل دراسة مستقلة .

ويجمل المرحوم عبد الرزاق السنهوري عيوب هذا القانون المدني الصادر عام ١٨٨٣ بأنه " «فيه نقص ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث يجب الإفاضة ، ثم هو يسترسل في التافه من الأمر فيعني به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة ، يقلد التقنين الفرنسي تقليدا أعمي فينقل كثيرا من عيوبه ، وهو بعد متناقض في نواح مختلفة ، ويضم إلي التناقض أخطاء معيبة [١] »

وقد صدر القانون التجاري المصري في ١٣ من نوفمبر ١٨٨٣م أي بعد أقل من شهرين من صدور القانون المدني ، وقضت مادته الأولي بتعليق وجوب العمل به في كل جهة من جهات القطر المصري علي مضي ثلاثين يوما من تاريخ افتتاح المحكمة الابتدائية الكائنة تلك الجهة بإدارتها ويشمل هذا القانون الذي جاء في أربعمائة وتسع عشرة مادة عددا من الموضوعات التي درج الفقهاء علي تناولها بالمصطلحات الفقهية ذاتها في بعض الأحيان وبمصطلحات غريبة غير مألوفة في أحيان أخري :إذ يتناول موضوع الشركات والتفليس والسمسرة والوكالة بالعمولة (الأجرة في الاصطلاح الفقهي) والأوراق التجارية التي تشمل الكمبيالة (السفتجة في الاصطلاح الفقهي) والسند الإذني (الصكوك ورقاع الصيارفة في الاصطلاح الفقهي).

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ص ٣ . ويؤكد هذا كله ما أورده أحمد فتحى زغلول فى مقدمة كتابه شرح القانون المدنى ص٣ حيثا أشار إلى ما يشتمل عليه القانون المدنى من عيوب رئيسة أربعة هى : تقليد الأصل الفرنسى ، وعدم مراعاة الفروق المحلية ، وأخطاء الترجمة ، وعيوب الأصل الفرنسى نفسه ، وعبارته فى هذا : " ترتيب القانون الفرنسى منتقد من وجوه شتى والقانون المصرى مأخوذ عنه فى جملته على مابين البلدين من الفروق الكلية . ومع ذلك فإن واضع قانوننا خرب ذلك الأصل وفرق أوصاله وشتت شمل أحكامه وغير وبدل ، وجاء لنا بقانون أبتر بعيد الشبه عن أصله وأبعد عن حاجتنا فى مواضع لا تحصى . أتعبنى النص الفرنسى بإيجازه المخل وتشويش ترتيبه الذى يشتت الذهن ويضيع الوقت ، ولكن النص العربى أعيانى إعياء ، وكثيرا ما ارتبت فى أنهما نصان فى حكم واحد لمخالفة أحدهما الآخر مخالفة تامة . وكدت أهم بترجمة النص الفرنسى من جديد ، لولا ماصرحت به الجريدة الفرنسية حين نشرها القانون من أنه ترجمة عن العربية " شرح القانون المدنى لأحمد فتحى زغلول ط ١٩١٣

وقد صدر في العام نفسه بمنهج النقل من القوانين الغربية كل من قانون التجارة البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون تحقيق الجنايات وقانون العقوبات . وتشترك هذه القوانين جميعها في تجاهلها للظروف المحلية وفي غموض الصياغة الناشيء عن ترجمتها من الأصول الغربية وفي بعدها عن التراث الفقهي . وإنما ترجع هذه العيوب إلي المنهج الذي قامت عليه والذي يتمثل في الاستمداد من الأصول الغربية وفرض الاحتلال العسكري لها .

أما إذا كان لنا أن نشير إلي شيء من النجاح الذي حققته هذه القوانين فلا شك في أنها كانت أيسر في الرجوع إليها بالنسبة للمشتغلين بالعمل القانوني الذين لم يتلقوا تدريبا في الفقه الإسلامي ، كما أنها ركزت علي الجانب العملي القانوني . ووحدت العمل القضائي . وساعد هذا علي تقديم بعض الحلول لمشكلات التقاضي التي كانت محلا للشكوي قبل صدور هذه القوانين . وقد كان بالوسع تحقيق هذه الأوجه الإصلاحية بمنهج آخر غير منهج الاستمداد من القوانين الغربية ، غير أن ظروف الاحتلال وتمسك الفقهاء بأساليب التأليف التقليدية كانت السبب في فرض هذه الحلول العرجاء .

ولم تقف السلطات البريطانية عند هذا الحد ، وإنما سعت إلي ربط نظام التقاضي في مصر بالنظام السائد في بريطانيا . يشهد علي ذلك المستشار محمد شريف بقوله : " كان هدف الاحتلال جعل التقاضي خاضعا للنظام القضائي في بلادهم . وقد قال المستشار برينوت الإنجليزي : إن الاستئناف في القضايا الهامة يجب أن يرفع إلي المحاكم البريطانية في انجلترا . ولأجل أن يصلوا إلي هذا الغرض جعلوا تعليم القانون باللغة الإنجليزية في مدرسة الحقوق بالقاهرة ، وجعلوا امتحان طلبة السنة النهائية فيها بمعرفة النائب العام الانجليزي كوريت بك [(١)]

وقد فرضت انجلترا في السودان عقب احتلالها له قانونا جنائيا مستمدا من

(١) ص ٨٦ من ذكريات مستشار سابق للمستشار محمد شريف

نظيره الهندي ، وإن تميز عنه بالاحتفاظ بنظام الدية الإسلامي، في محاولة لإضفاء نوع من التلاؤم مع الظروف المحلية الخاصة . أما في نطاق القانون المدني فلم يصدر المشرع السوداني قانونا للالتزامات والحقوق الشخصية والعينية ، لكن جاء النص في قانون القضاء المدني الصادر عام ١٩٠٠ علي أنه إذا لم يرد نص في قانون القضاء المدني أو في أي قانون آخر ساري المفعول فإن علي المحاكم أن تطبق في النزاع المعروض أمامها ما يحقق " العدل والإنصاف والضمير السليم " ، وهو ما أدي إلي أن يقوم القضاة البريطانيون والسودانيون المدربون علي أحكام القانون الإنجليزي وسوابقه بتطبيق هذه الأحكام وتلك السوابق التي يعرفونها ويرون أنها الأكثر ملاءمة للتطبيق في القضايا المعروضة أمامهم ، وأخذت تتغلغل عن هذا الطريق روح القانون الإنجليزي في القضايا المدنية .

وفي عام ١٩٠٢ صدر قانون المحاكم الشرعية السودانية ليحصر اختصاص هذه المحاكم في مسائل الأحوال الشخصية وحدها ، حيث جاء النص في المادة السادسة منه علي أن المحاكم الشرعية تختص بالحكم في مسائل الزواج والطلاق والأوصياء علي القصر والوقف والهبة والمواريث والوصية إذا كان النزاع بين أطراف يدينون بالدين الإسلامي . وللمحكمة الشرعية بمقتضي هذه المادة ذاتها أن تنظر في أية مسألة أخري سوي ما ذكر بشرط أن يقدم جميع الأخصام سواء كانوا مسلمين أم لم يكونوا كذلك طلبا رسمياً موقعا منهم يطلبون فيه من المحاكم الشرعية النظر في مسألتهم متعهدين في هذا الطلب بقبول أحكام الشريعة الإسلامية [١] .

ومن جهة أخري فقد نصت المادة الثامنة من قانون المحاكم الشرعية السودانية الصادر عام ١٩٠٢ علي أن " لقاضي القضاة أن يسن ـ علي حسب الأحوال بمصادقة الحاكم مع مطابقة هذا القانون ـ القواعد التي تجري عليها المحاكم الشرعية في

(١) أوجه الإصلاح الحديث للقانون الإسلامي فى السودان ، أندرسون . الترجمة العربية بقلم هنرى رياض ص ٢١ دار الجيل ، بيروت ١٩٩٣

أحكامها ونظامها وتشكيلها واختصاصها وكل عمل يتعلق بها " ، وفتحت هذه المادة المجال لإصدار قاضي القضاة العديد من المنشورات الشرعية التي تضمنت الأحكام الواجبة التطبيق. وفي عام ١٩١٥ صدرت لائحة ترتيب وتنظيم المحاكم الشرعية التي جاء في مادتها رقم ٥٣ وجوب العمل بالرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة في جميع المحاكم الشرعية إلا في المسائل التي يصدر فيها قاضي القضاة منشورات أو مذكرات قضائية فإن العمل يكون بهذه المنشورات أو المذكرات .

وبهذا اكتملت جوانب ازدواجية العمل القضائي والتشريعي في السودان أسوة بما حدث في مصر ، حيث وجد نوعان من المحاكم تلتزم أولاهما بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية ، وهي المحاكم الشرعية ، ومجالها ما يطلق عليه الأحوال الشخصية بنوع توسع ، أما الأخري فهي المحاكم المدنية التي تعمل علي تكريس مفاهيم القانون الإنجليزي . وإنما نشأت هذه الازدواجية بفضل تعمد الإصلاح التشريعي بمنهج الاستمداد من القوانين الغربية .

ويتفق التغيير القانوني الذي أحدثته فرنسا في الجزائر مع التطورات التي حدثت في الهند إلي حد كبير ؛ فقد فرضت فرنسا منذ استقرار الأوضاع لها هناك عام ١٨٥٠ قوانينها التي تطبق في البلاد الفرنسية ذاتها ، وذلك في المجالات المدنية والجنائية ، وانحصرت الأحكام الشرعية المعمول بها في الجزائر في مجال الأحوال الشخصية وحدها . ولم يحدث تغيير من أي نوع للقانون الشرعي المعمول به في تونس حتي عام ١٨٨١م والمغرب حتي عام ١٩١٢م حين بسطت فرنسا حمايتها عليهما في هذين التاريخين، حيث اقتصر اختصاص المحاكم الشرعية التقليدية بدءا من ذلك علي مجالات الأحوال الشخصية، علي حين أسندت القضايا المدنية والجنائية إلي محاكم القواد والوزراء في تونس وإلي محاكم القواد والباشوات في مراكش. ومع ذلك فقد ظلت هذه المحاكم علي العمل بالأحكام الشرعية ، نظرا إلي أن صيغة الحماية التي بسطتها فرنسا علي هذين البلدين لم تكن تسمح لها بالتدخل التشريعي. وقد استمر هذا الوضع نفسه في نيجيريا الشمالية منذ أن فرضته انجلترا

حمايتها عليها في عام ۱۹۰۰. ولهذا فقد تأخر الاستمداد من القوانين الغربية في هذه البلاد حتي وقت متأخر ، وصدرت فيها قوانين شرعية قبل فرض الحماية عليها ، مثل قانون الالتزامات والتعاقدات التونسي الذي صدر عام ١٩٠٦ معتمدا علي المصادر الفقهية الشرعية، وكان قد وضع مشروعه المستشرق الإيطالي D. San-tillana . وضمنه كثيرا من أحكام المذهب المالكي مع الأخذ ببعض أحكام المذاهب الأخري فيما أشار إليه في كتابه الذي نشره بعد ذلك عام ١٩٢٦ عن "القانون الإسلامي المالكي مقارنا بالمذهب الشافعي. وكان الهدف من إصدار هذا التشريع هو تحقيق الإصلاح القانوني بمناهج الفقه الإسلامي. وأعتقد أن هذا القانون لم يظفر بالعناية الواجبة من قبل الدارسين لتاريخ الفقه الإسلامي علي الرغم من أنه هو و مجلة الأحكام العدلية يمثلان منهج الإصلاح التشريعي المستند إلي المنهج الفقهي.

وقد بقيت المملكة العربية السعودية واليمن وإمارات الخليج علي الاحتفاظ بنظامها القضائي القائم علي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واستمر الإصلاح التشريعي في هذه البلاد مستندا إلي المنهج الفقهي . ولم تعرف دولة الإمارات العربية قانونا يرجع إليه حكامه وقضاته طبقا لما ذكره الزميل الدكتور خليفة بابكر سوي الشريعة الإسلامية في الفترة التي سبقت التقنين الحديث ، والذي كانت بداياته في القانون الجنائي بصدور قانون عقوبات أبو ظبي لسنة ۱۹۷۰ وقانون عقوبات دبي لسنة ۱۹۷۰ ثم من بعد ذلك مجموعة قوانين أم القوين ورأس الخيمة في سنة ۱۹۷۱ .

أما بلاد الشام والعراق فقد طبقت فيهما الخلافة العثمانية أحكام المجلة العدلية في مجال المعاملات المدنية ونظام التقاضي والإثبات بدءا من عام ۱۸۸۷ . وتعد هذه المجلة أهم تقنين لأحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال في العصر الحديث .وقد جرت المجلة علي النسق القانوني في الترتيب والتبويب حتي يسهل

علي المشتغلين بالعمل القانوني الرجوع لأحكامها ، مع احتفاظها في الوقت نفسه بأحكام المذهب الحنفي . وقد ساعدت هذه المجلة علي تحقيق نهضة فقهية كبيرة تمثلت في كثرة شروحها واتساع مجال تطبيقها بحيث شملت العراق والأردن وفلسطين وسوريا ولبنان بالإضافة إلي قبرص وتركيا ، ولم ينته العمل بها في الأردن إلا عام ١٩٧٦ ، وهو العام الذي صدر فيه القانون المدني الأردني . وأفادت هذه المجلة في أمر آخر له أهميته وهو استمرار العمل بأحكام الفقه الإسلامي في هذه البلاد فترة طويلة ، حيث لم تستطع حكومات الاحتلال الانجليزي أو الفرنسي التي طرأت علي هذه البلاد في أعقاب هزيمة الدولة العثمانية في الحرب العالمية الأولي أن تفرض قوانينها المستمدة من الأصول الغربية علي النحو الذي حدث في بلاد عربية أخري . وقد استمر العمل في هذه البلاد كذلك بأحكام القانون الجنائي الذي أصدرته دولة الخلافة العثمانية عام ١٨٥٨ ، وبأحكام القانون التجاري الذي صدر عام ١٨٥٠ . وعلي الرغم من تأثر هذين القانونين ببعض الأحكام القانونية الغربية فانهما لم ينفصلا عن الأصول التشريعية الإسلامية .

٤- في البلاد الإسلامية الأخري :

خضعت نيجريا للحماية الإنجليزية عام ١٩٠٠م علي نحو لا يسمح للسلطات البريطانية بالتدخل المباشر لتغيير النظام القانوني والقضائي القائم . ولذا استمر الفقه المالكي هو المصدر الذي تلتزم محاكم القضاة ومحاكم المظالم الخاصة بالأمراء بتطبيق أحكامه في القضايا المدنية أو الجنائية علي السواء . غير أن السياسة البريطانية قد اشترطت علي هذه المحاكم ألا تطبق العقوبات الحدية في السرقة " قطع اليد "، وفي زنا المحصن " الرجم " . أما عقوبة الجلد في شرب الخمر والقذف وزنا غير المحصن فقد بقي من حق هذه المحاكم أن توقعها .

ومع ذلك فقد أمكن للسلطات البريطانية خلق الازدواجية القانونية في الشمال النيجيري بانشاء محاكم بريطانية تعمل بمقتضي أحكام القانون الانجليزي في المجال الجنائي ، وخلق هذا نوعا من التوتر بين هذين النوعين من المحاكم ، حيث كان يجب

التعرض في كثير من الأحوال لتحديد المحكمة المختصة بالنظر في القضية حتي يتسني تحديد القانون المقضي به . وقد زال هذ التوتر بعد تبني القانون الجنائي النيجيري المستمد من القانون الجنائي الإنجليزي في عمومه باستثناء بعض الأحكام القليلة المأخوذة من الفقه الإسلامي .

أما إندوينسيا فقد نقلت إليها هولندا قانونها العام والجنائي عقب احتلالها لها في أوائل القرن التاسع عشر ، وانحصر تطبيق الأحكام الشرعية في مجال الأحوال الشخصية منذ هذا التاريخ .

وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة في ماليزيا وسنغافورة والملايو كذلك ، غير أن هذه البلاد قد خضعت لذات التطورات التي انتهت بها إلي انحصار تطبيق أحكام الشريعة في مجال الأحوال الشخصية .

إجمال :

ومن هذا كله يتضح أن العالم الإسلامي كله قد اضطر إلي إجراء تغيير بعيد المدي في المائة سنة الأخيرة ، ولم ينج من هذا سوي بلاد الجزيرة العربية في مجموعها ، وخصوصا تلك التي لم تقع تحت الاحتلال . ومن جهة أخري فقد استمرت بلاد الشام والعراق في تطبيق أحكام المجلة العدلية علي الرغم من وقوعها تحت الانتداب بعد هزيمة دولة الخلافة العثمانية في الحرب العالمية الأولي ولعل هذا راجع إلي وجود المجلة وعمق الإصلاح الذي أحدثته إلي الحد الذي لم تستطع سلطات الانتداب إجراء أي تغيير تشريعي في هذه البلاد .

ويتسم هذا التغيير القانوني الذي حدث في العالم الإسلامي علي هذا النحو بالخصائص التالية :

١- اتساع ظاهرة الاستمداد من القوانين الغربية بوجه العموم ، ومن القانونين الفرنسي والإنجليزي ، وهما نظامان قانونيان مختلفان ، علي وجه الخصوص .

وإنما غلب أي من هذين القانونين في هذا الجزء من العالم الإسلامي أو ذاك تبعا لاختيار قوة الاحتلال ذاتها .

٢- اطراد التغيير في بلاد العالم الإسلامي التي خضعت للاحتلال وفق خطة غير معلنة أتت ثمارها في النهاية في تطبيق نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي جري تطبيقه في هذه البلاد قرونا عديدة.

٣- خلق هذه الازدواجية القانونية المتمثلة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية والقوانين الغربية الأصل في المجالات القانونية الأخري . وتبلغ هذه الازدواجية درجة بالغة التعقيد في هذه الأحوال التي نشأت فيها محاكم شرعية تطبق أحكام مذهب فقهي معين في المجال الجنائي وتنشأ معها محاكم أخري تطبق القانون الجنائي في المجال نفسه . وقد كان هذا هو حال التطبيق القانوني في نيجيريا . ومن المؤكد أن هذه الازدواجية ما تزال علي رأس المشكلات التي نحسها في القضاء والقانون والتعليم القانوني .

٤- يمكن أن يكون الاستمداد من القوانين الغربية منهجا للإصلاح وحل بعض المشكلات القائمة في إدارة العدالة في المجتمع ، غير أنه لا يمكن أن يكون المنهج الوحيد للإصلاح . وقد رأينا بعض البلاد الإسلامية التي استطاعت تحقيق الإصلاح التشريعي بالاعتماد علي أحكام الفقه الإسلامي . من ذلك المحاولة الناجحة لمجلة الأحكام العدلية ، والمحاولة الأخري التي قامت بها تونس عام ١٩٠٦ حين أصدرت قانونها المدني المستمد من الفقه الإسلامي .

٥- تجاهل القوانين الغربية الأصل للعادات المحلية ولأحكام الشريعة الإسلامية وما في هذه القوانين من غموض في كثير من الأحوال كان من العيوب التي اشتملت عليها هذه القوانين ، وهو ما أدي إلي تطويرها فيما بعد بهدف عقد صلة بينها وبين الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني

التطبيق الشرعي في البلاد الإسلامية

تقديم :

لعله اتضح مما سبق أن الألوان التي ترسم خارطة التطبيق القانوني في بلاد العالم العربي والإسلامي في غير مجال الأحوال الشخصية كانت تتسم غداة انتهاء الحرب العالمية الأولي بقدر غير قليل من التنافر والاختلاف والتمايز علي النحو التالي :

١- تطبيق بعض البلاد العربية أحكام الفقه الإسلامي دون أن تعمد إلي تقنين هذه الأحكام ودونما تأثر بالتفكير القانوني الغربي من أي وجه ، وذلك كالدول التي تشملها الجزيرة العربية بوجه العموم . وتلتحق بها نيجيريا وأفغانستان .

٢- تطبيق بعض البلاد العربية الإسلامية أحكاما فقهية خالصة في بعض المجالات بعد تقنين هذه الأحكام مع تطبيق أحكام فقهية مختلطة بأحكام أخري غريبة الأصل . وهذا ما نراه في تركيا وبلاد الشام والعراق حيث جري تطبيق أحكام المجلة العدلية المستمدة من المذهب الحنفي في المجالات المدنية ونظام القضاء والإثبات علي حين جري تطبيق القانون الجنائي العثماني الصادر عام ١٨٥٨ ، وهو قانون شرعي في كثير من أصوله وإن استمد كذلك بعض الأحكام القانونية الغربية .

٣- تطبيق بعض البلاد العربية والإسلامية قوانين غريبة الأصل مثلما كان الحال في مصر والسودان والهند وإندونيسيا وسنغافورة والملايو .

وهكذا تتألف صورة التطبيق القانوني في العالم الإسلامي في الفترة المذكرة في غير مجال الأحوال الشخصية من بلاد استمرت علي حالها السابق دون تطوير في نظامها القانوني أو تغيير له ، ومن بلاد أخري اتجهت إلي قبول نوع من التطوير لنظامها القانوني والقضائي والأخذ بقوانين غربية الأصول والمصادر والملامح .

وتتجه حركة التطور في هذه البلاد بعد انتهاء الحرب العالمية الأولي إلي تحقيق نوع من الانسجام بين عناصر الصورة أو جعلها أقل تنافرا ؛ إذ ستلجأ المجموعة الأولي بعد فترة تردد إلي إحداث نوع من التطوير في نظامها القانوني كما ستلجأ المجموعة الثالثة إلي إحداث نوع من التوفيق بين نظمها القانونية وبين أحكام الشريعة الإسلامية علي النحو الذي عبرت عنه المحاولة المصرية في مجال القانون المدني، علي حين نجد أن المجموعة الثانية قد سعت إلي تطوير الأوضاع القانونية السائدة فيها بقبول أكثر للمفاهيم القانونية الغربية . وهذا ما سوف يتضح في التناول التالي :

التطور في المملكة العربية السعودية والإمارات:

التزمت المملكة العربية السعودية منذ نشأتها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. وقد جاء التعبير عن هذا الالتزام في المؤتمر الذي عقده العلماء بمكة في ٨ من شعبان سنة ١٣٤٥ هـ (فبراير ١٩٢٧) بناء علي طلب الملك عبد العزيز ، حيث أكد العلماء في هذا المؤتمر أنه لا يحكم إلا بالشرع المطهر [(١)] . ومع ذلك فقد أصدر الملك عبد العزيز عددا من القوانين التي تتناول الكثير من الموضوعات التي تتطلبها الحياة العملية ودقة الإدارة والتنظيم لشئون الدولة . من ذلك قانون الجمارك الصادر في ٣ من صفر ١٣٤٩ ويشتمل علي ٢٩٥ مادة . ومن ذلك نظام مصلحة الصحة والإسعاف الذي يتكون من ١١١ مادة ونظام دائرة البلدية بمكة المكرمة ،

---

(١) التطور التشريعي فى المملكة العربية السعودية د . محمد عبد الجواد محمد ص ٤٣ ط ١٩٧٧ .

ويتألف من ٦٢ مادة ونظام تشكيلات المحاكم الشرعية الصادر في ٤ من صفر ١٣٤٦ ، ويتألف من ٦٣٣ مادة ، وهذا النظام منقول عن القوانين التجارية العثمانية فيما قرره مجلس الشوري ولذا أجاز هذا النظام عقد التأمين الذي أجازته القوانين العثمانية . وقد صدر كذلك نظام الأوراق التجارية لسنة ١٣٨٣هـ في ١٢٠ مادة كما ظهر نظام الشركات لسنة ١٣٨٥ هـ في ٢٣٣ مادة ، كما صدرت قوانين تجارية أخري كثيرة[(١)] وكذلك صدرت أنظمة عديدة تتعلق بالبترول واستخراجه واستغلاله وتصديره للخارج .

وكذلك صدرت أنظمة أخري تتعلق بالعمل والعمال ونظام التأمينات الاجتماعية علي نحو كان موضع أخذ ورد بين العلماء وإن صار الأمر إلي قبول العلماء في السعودية لأحكام هذه النظم واعتبارها متفقة مع الأصول الشرعية العامة علي الرغم من عدم ورود نصوص فقهية ببعض أحكام هذه النظم .

ويجب الالتفات إلي أن المنهج الذي سارت عليه صياغة هذه النظم يتسم بما يلي:

١- تحقيق المصالح الاجتماعية العامة اللازمة لدقة التنظيم والإدارة لشئون الدولة الحديثة .

٢- عدم المخالفة للأصول الشرعية العامة ، وإن لم ينص الفقهاء المسلمون في كتب الفقه المألوفة علي هذه الأحكام .

٣- التأثر بالقوانين العثمانية وخاصة في مجال التجارة والاراضي ، ومعناه أن المملكة العربية السعودية قد استطاعت بهذه القوانين الحفاظ علي التزامها بتطبيق أحكام الشريعة وتطوير نظامها القانوني بما يحقق لها المصالح التي تتطلبها الحياة الاجتماعية الحديثة . ويمكن القول دون أدني مبالغة بأن هذا المنهج لم يخفق في تلبية احتياجات التطور الاجتماعي والاقتصادي

---

(١) السابق ص ١٨٦ ومابعدها .

الـذي نراه في المملكة الآن .

ولا يختلف الحال في دولة الإمارات ، سواء في الالتزام العام بالعمل علي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أو في الاتجاه إلي تقنين عدد من الموضوعات التي استوجب التطور تقنينها .

يدل علي الالتزام العام بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية في دولة الإمارات ماجاء في المادة السابعة من الدستور المؤقت للدولة من أن " الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية " . وتفيد هذه العبارة أن هناك مصادر أخري ثانوية إلي جانب الشريعة الإسلامية ؛ فقد أوضح المشرع وجوب الاستنادإلي قواعد العرف ومبادىء القانون الطبيعي والمقارن فيما لايتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الرئيسي للتشريع بنصه في المادة الخامسه والسبعين من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ علي أن الواجب علي المحكمة الاتحادية العليا أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية والقوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما تطبق مالا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادىء القانون الطبيعي والقانون المقارن . وإنما كانت هذه المصادر ثانوية لاشتراط اتفاق القوانين المستمدة منها مع القواعد العامة للشريعة الإسلامية . وبهذا يتضح أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع . ومن جهة أخري فإن النص في المادة السابعة السابقة الذكر علي أن الإسلام هو الدين الرسمي للدولة يستلزم اعتبار الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع وأن المصادر الأخري يجب أن يتقيد الأخذ منها بعدم معارضتها للأصول الشرعية المرعية .

وقد استقر قضاء المحكمة العليا علي مبدأ حاكمية الشريعة الإسلامية . وأشار إلي هذا المبدأ في حكمه الصادر في ١٥ / ٨٦/١٢ ، حيث جاء في هذا الحكم أن مفاد نصوص المادة السابعة من الدستور المؤقت والمادة الخامسة والسبعين من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية العليا والمادة الثامنة من القانون رقم ٦ في شأن إنشاء محاكم الحادية هو وجوب اتباع المشرع أحكام الشريعة الإسلامية في التشريع وضرورة التزام المحاكم هذه الشريعة عند الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وأن للشريعة الإسلامية أولوية التطبيق علي أية قاعدة قانونية . ويتفرع عن ذلك أنه لا يجوز تعطيل أي حكم قطعي من أحكام الشريعة الإسلامية إذا تعارض مع أي مبدأ قانوني وضعي . وهذا هو مانص عليه هذا الحكم كذلك (١) .

ولاخلاف في أن فهم هذه النصوص علي هذا النحو هو ما جري عليه التطبيق القضائي . يدل علي ذلك تأييد المحكمة الاتحادية العليا حكما قضي ببراءة المتهم لعدم توافر الأدلة المتطلبة شرعا لإقامة حد الشرب (٢) . وفي ٢٨ / ٢ / ١٩٨٤ أيدت محكمة الاستئناف في أبو ظبي الحكم بالإعدام الصادر من محكمة جنايات أبو ظبي في ١٣ / ١/ ١٩٧٧ لتوافر شروط القصاص الشرعية ، ولكنها قامت بتعديل منطوق الحكم فألغت عبارة " شنقا حتي الموت " ونبهت إلي ضرورة الإشارة في الحكم إلي أحكام القصاص في الشريعة الإسلامية كي يهتدي بها الحاكم عند اتخاذ قراره

---

(١) راجع البحث القيم للدكتور خليفه بابكر بعنوان : أحكام الشريعة الإسلامية فى قانون العقوبات الاتحادى وقضاء المحكمة الاتحادية العليا ، محاولة للتأصيل مع دراسة لواقع التطبيق ، بحث غير منشور ص ٤٣ ومابعدها .

(٢) المحكمة الاتحادية العليا ، نقض جزائى فى ١٦ / ٥ / ١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق ع جزائى ، غير منشور ، ومشار إليه فى بحث الدكتور مدحت رمضان المقدم إلى ندوة نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة المنعقدة بكلية الشريعة فى الإمارات عام ١٩٩٣ وعنوانه : دور قانونى العقوبات والإجراءات الجزائية الاتحادية وقضاء المحكمة الاتحادية العليا فى توحيد الثقافتين الشرعية والقانونية ص ٨

في شأن التنفيذ ؛ إذ جاء في الحكم : " ومما تجدر الإشارة إليه أن الإعدام في القانون يقابل القصاص في الشريعة الإسلامية ، وبما أن القانون لم يحدد طريقة لتنفيذ حكم الإعدام فيكون من المناسب أن تشير المحكمة إلي أحكام القصاص في الشريعة الإسلامية كي يهتدي بها سمو الحاكم عند اتخاذ قراره في هذا الشأن. وألغي هذا الحكم التعريض الذي قضت به محكمة الجنايات باعتبار أنه يأخذ حكم الدية التي لا تجتمع مع القصاص. وقد جاء في الحكم في ذلك : " ومن حيث أنه بالنسبة إلي ماقضي به الحكم المستأنف من تعويض باعتبار أنه دية شرعية فإن من المقرر شرعا أنه لا يجوز الجمع بين القصاص وبين الدية ، لأن القصاص هو عقوبة أصلية علي حين أن الدية في حالة القتل العمد هي عقوبة بديلة عن القصاص . وبذلك يكون الحكم المستأنف بإلزام المستأنف تعويضا كدية لورثة القتيل غير قائم علي سند من القانون مما يتعين معه إلغاء ما تضمنه الحكم من تعويض (١) .

ولم يمنع هذا المنهج القائم علي التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية مسيرة التطوير القانوني والإصلاح التشريعي بمنهج يوفق بين مقتضيات الأصالة واحتياجات المعاصرة . وقد غذت دولة الإمارات السير في هذا الاتجاه ، فسنت قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون لسنة ١٩٨٧ . وقد جاء في مادته الأولي النص علي أنه " إذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضي الشريعة الإسلامية ، علي أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والامام أحمد بن حنبل ، فاذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخري حسبما تقتضيه المصلحة فاذا لم يجد حكم القاضي بمقتضي العرف ، علي ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب ، وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه علي هذه الإمارة " .

---

(١) مجلة العدالة العدد التاسع والثلاثون ، أبريل ١٩٨٤ ص ١٤٦ - ١٥١ ، مشار إليه فى بحث الدكتور خليفة بابكر المذكور قبل قليل ص ٤٦ .

وقد ربطت المادة الثانية بين هذا القانون وبين التراث الفقهي علي نحو وثيق بما أوجبته من الرجوع في فهم نصوصه " وتفسيره وتأويله إلي قواعد وأصول الفقه الإسلامي " . وليس هذا مجرد استنتاج ؛ فقد أبانت المذكرة الإيضاحية أن هذه المادة قد وضعت " لتثبيت ما يتميز به هذا القانون من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله " ولذا فإن فهم هذا القانون وتحليله يتطلبان درجة كبيرة من الوعي بأحكامه المبسوطة في كتب الفقه ، وبقواعد التفسير المدونة في كتب أصول الفقه . وفي اعتقادي أن هذه المادة تقدم معيارا جيدا للحكم علي القانون باقترابه من أحكام الشريعة الإسلامية وقصده إلي تبني أحكامها أو بعده عنها .

ومن أبرز الأمور التي أعانت علي توثيق العلاقة بين أحكام هذا القانون وبين أحكام الفقه الإسلامي إعداد هذه المذكرة الإيضاحية المفصلة التي أبرزت المصادر الفقهية الخاصة بكل مادة . ولا شك في أن وجودمثل هذه المذكرة ذو فائدة قصوي لتيسير رجوع المشتغلين بالعمل القانوني من قضاة ومحامين وغيرهم إلي مصادر الفقه الإسلامي . ويجب أن تيسر المؤسسات التعليمية والبحثية وصول هؤلاء المشتغلين إلي هذه المادة الفقهية والأصولية من أيسر طريق .

ولا يعد هذا القانون مجرد ترديد لما أوردته الكتب الفقهية القديمة ؛ إذ ترتبط نصوصه كذلك بما أحرزه التفكير القانوني المقارن من تقدم في الصياغة وفي التعبير عن المفاهيم القانونية التي تشتمل عليها المدونات القانونية الحديثة . وهو لهذا لا يفلت شيئا مما تناوله القانون المدني المصري . ومرجع عدم التناقض بين سمتي الحداثة والاستمداد من الفقه الإسلامي هو الحرص علي الالتزام بمعيار عدم تناقض الجديد المتبني لأصول الشريعة وقواعدها العامة .

ولا يغيب عن البال أن هذا القانون مستمد من نظيره الأردني الصادر عام ١٩٧٦ ، كما أن المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تتفق في أكثر أجزائها موافقه تامة مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية لنظيره الأردني ، وإنما ذلك لأن القانون الأردني –

طبقا لما جاء في مقدمة مذكرة القانون الإماراتي - " قانون متكامل مستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية " .

وإنما اعتمد هذا القانون علي منهج التخير من المذاهب الفقهية المختلفة ولم يتقيد بمذهب فقهي معين ، وهذا هو المنهج الذي تبنته قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في أوائل هذا القرن وانتقل منها إلي القوانين المدنية الصادرة فيما بعد . أما مصطلحاته فأكثرها فقهي علي الرغم من تغليب استخدام المصطلح القانوني أحيانا لدواعي الوضوع ومجاراة للمألوف بين الناس ، ويتضح ذلك بالنظر إلي المواد المنظمة لعقد المقاولة (م٨٧٢ إلي م٨٩٦) ، حيث جري تفضيل استخدام مصطلح المقاولة علي المصطلح الفقهي : «الاستصناع» ، دون أدني محاولة للمزاوجة بين هذين المصطلحين أو الربط بينهما ، وكانت المذكرة الإيضاحية هي التي تولت هذا الربط والإشارة إليه . ولعل تغير العرف اللغوي وتوخي الوضوح هو المسئول عن تفضيل استخدام مصطلح المقاولة علي مصطلح الاستصناع .

وقد صدر في دولة الإمارات قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣، وجاء في ٩٠٠ مادة . والقانون البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية بمنهج يقوم علي التوفيق بين الأصول الشرعية وبين مقتضيات المصلحة الاجتماعية .

وصدر قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ ، وبدأ العمل به في ٨ /١٩٨٨/٣ بمنهج يجمع بين الاجتهادات الفقهية المعروفة وبين المفاهيم القانونية المتطورة ، وبذلك عد هذا القانون خطوة متقدمة في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في الجنايات والعقوبات . ويتضح استلهام هذا القانون لأحكام الفقه الإسلامي من التقسيم الوارد في المادة ٢٦ لأنواع الجرائم إلي جرائم حدود وإلي جرائم قصاص ودية وإلي جرائم تعزيرية . وقد نصت مادته الأولي علي أنه تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية ، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية

وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخري . ومع ذلك فقد أخذ القانون في المادة رقم ٢٦ بالتقسيم القانوني للجرائم إلي الجنايات والجنح والمخالفات ، وعرف كل قسم من هذه الاقسام بتعريفه المألوف في القوانين الجنائية المعاصرة بعد إجراء تعديل طفيف فيه ليناسب أحكامه المستمدة من الشريعة . وبذا أصبحت الجناية (م٢٨) هي الجريمة المعاقب عليها بأي عقوبة من عقوبات القصاص أو الحدود فيما عدا حدي الشرب والقذف أو الإعدام أو السجن المؤقت أو السجن المؤبد ، كما أصبحت الجنحة (م٢٩) هي الجريمة المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة أو الدية أو الجلد في حدي الشرب والقذف . أما المخالفة (م٣٠) فهي كل فعل أو امتناع معاقب عليه بالغرامة التي لا تزيد علي ألف درهم أو بالحجر مدة تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد علي عشرة أيام.

وتتضح طبيعة هذا القانون ورجوعه إلي أحكام الشريعة مما نصت عليه مادته الأولي التي أوجبت الرجوع إلي أحكام الشريعة الإسلامية في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية . ويدل علي هذا أيضا ما جاء في مادته رقم ٣١٢ من الحكم بعقاب المسلم الذي يأكل لحم الخنزير مع علمه بذلك بالحبس وبالغرامة أو بإحدي هاتين العقوبتين شريطة علنية فعل الأكل . وفي المادة نفسها الحكم بهذه العقوبات ذاتها علي من يحسّن المعصية أو يحض عليها ويروج لها أو يغري بارتكابها . وكذا قضي هذا القانون بالعقوبة علي المجاهرة بالإفطار في نهار رمضان (م٣١٣) بل وعلي الإساءة إلي المقدسات والشعائر المقررة في الديانات الأخري متي كانت هذه المقدسات والشعائر مصونة من وجهة الشريعة الإسلامية (م٣١٥)، كما عاقب كذلك علي التعامل بربا النسيئه (م٤٠٩ إلي ٤١٢) في المعاملات المدينة والتجارية ، وعلي لعب القمار (م٤١٣ إلي ٤١٦) .

ومن هذا كله يتضح أن علي القاضي أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية في

مجال الحدود والقصاص أما في مجال العقوبات والجرائم التعزيريه .. فإن عليه أن يطبق أحكام القانون العقابي. ولا تعارض في ذلك لأن الجرائم والعقوبات التعزيرية التي تعرض لها القانون مما لا يتناقص مع الأصول الشرعية ، وبهذا كانت الشريعة هي المصدر لأحكام القصاص والحدود والتعزيرات . وهذا هو ما أوضحته أحكام المحكمة الاتحادية العليا ، حيث بينت استناد شرعية التعزيرات إلي حق ولي الأمر الذي كفلته الشريعة في الزجر عن الآثام التي لم تبلغ مبلغ الحدود إذا اقتضت مصلحة جماعة المسلمين العقاب عليها . وبهذا فإنه لايشترط وجود النص القانوني لإيقاع العقوبة الحدية علي حين يشترط وجود النص القانوني لإيقاع العقوبة التعزيرية . وإنما كان هذا الفرق لتوافر مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة في الحدود بالنصوص الشرعية المعروفة لكافة المسلمين علي حين لا يتحقق ذلك في الجرائم التعزيرية إلا بصدور النص القانوني الذي يحدد الجريمة والعقوبة عليها . ولذا فإنه إذا لم تثبت جريمة الزنا بالشهود الأربعة وثبت وقوع الزنا بالإكراه فإن النصوص التعزيرية هي التي توضع موضع التطبيق . ولا يستطيع القاضي أن يوقع عقوبة الجلد علي الزنا الثابت بمادون شهادة الشهود الأربعة ، لأن هذه العقوبة غير منصوص عليها في قانون العقوبات ، وليست هذه عقوبة حدية يرجع فيها إلي الأحكام العامة للشريعة ، ويستطيع القاضي اللجوء إلي تطبيق العقوبة علي جريمة هتك العرض ، ولا تتضمن هذه العقوبة جلد الزاني .

ويمكن القول دون أدني مبالغة بأن هذا القانون خطوة صحيحة علي طريق تطبيق الأحكام الجنائية الشرعية .

وقد صدر قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي في ١٥ من يونيو ١٩٩٢ بمنهج يجمع بين الإفادة من المفاهيم القانونية الحديثة والاستمداد من أصول الشريعة . ويتضح القصد إلي الاستمداد من الأصول الشرعية أو عدم التعارض مع هذه الأصول علي الأقل فيما نصت عليه الفقرة الأولي من المادة الأولي من هذا القانون ، حيث جاء فيها أنه تطبق أحكام هذا القانون في شأن الإجراءات المتعلقة بالجرائم التعزيرية،

كما تطبق في شأن الإجراءات المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص والدية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية " وأهم الحقوق التي كفلتها الشريعة والتي قام هذا القانون علي احترامها وعدم التعارض معها ما يلي :

- اليقين لا يزول بالشك ، ولذا فإن الأصل هو البراءة التي لا تزول إلابدليل يقيني .
- حرمة الحياة الخاصة وعدم التجسس والتفتيش إلا باذن من له الحق في الإذن .
- التقيد في إثبات جرائم الحدود والقصاص بمعايير الإثبات الشرعية
- حق أولياء الدم في العفو عن القصاص بعد وجوبه ، وإن لم يكن لهم الحق في العفو عن الجريمة ، حيث يستطيع القاضي الحكم بعد العفو بعقوبة أخري تعزيرية قد تصل إلي الحكم بالإعدام .

ومن الواضح أن هذه القوانين ما تزال في بداية تطبيقها وتحتاج إلي جهود متضافرة من رجال الفقه والشريعة لدعم وصلها بأصولها الشرعية وتيسير المعارف القانونية والفقهية للمشتغلين بتطبيقها للوصول بها إلي أهدافها في تحقيق المصالح الاجتماعية وربطها بالتراث الفقهي .

٣- التطبيق الشرعي في مصر :

صدرت القوانين الأهلية المستمدة من القوانين الغربيبة بعد الاحتلال الانجليزي لمصر بعامين، وأنشئت المحاكم الأهلية كما تقدم مع صدور هذا القانون وبعده . وكانت هذه العجلة سببا في اشتمال هذه القوانين علي كثير من العيوب التي سلقت الإشارة إليها . ولذا اتجهت الأنظار إلي وجوب العمل علي استصدار قوانين غيرها تحل محلها وتتلافي هذه العيوب .

وقد انعقد العزم علي ضرورة الإصلاح في مجال القانون المدني ، وتألفت لهذا لجنة بقرار من مجلس الوزراء عام ١٩٣٦ ، وأسندت رئاسة هذه اللجنة في

١٩٣٦/٦/٢٨ إلي الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، وقدمت اللجنة مشروعها بعد ذلك بأربع سنوات ، ثم عرضته علي الرأي العام ، وأعادت تنقيحه وصدر القانون بعد جهود كبيرة علي أن يبدأ العمل به اعتبارا من ١٩٤٩/١٠/١٥ . وقد جاء في المادة الأولي من هذا القانون النص علي اعتبار الشريعة الإسلاميةمصدار رسميا احتياطيا يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد نصا تشريعيا يمكن تطبيقه ولا عرفا يمكنه الرجوع إليه . وقد أوجب هذا النص التوسع في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون لاستكمال مالم يرد بشأنه نص في القانون

ومن جهة أخري فإن أعضاء اللجنة المكلفة بوضع مشروع هذاالقانون قد وضعوا نصب أعينهم القواعد الشرعية والنظريات الفقهية فتأثروابها في صياغتهم . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون " أن الشريعة الإسلامية كانت من المصادر التي استند إليها هذا المشروع ، وقد استمد منها كثيرا من نظرياتها العامة وكثيرا من أحكامها التفصيلية ، وقبل هذا وذلك أدخل المشروع في شأن الشريعة الإسلامية تجديدا خطيرا ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المدني المصري إذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه ، والفروض التي لا يعثر فيها القاضي علي نص في التشريع ليست قليلة ، فيرجع القضاء إذن للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الاقضية . وفي هذا فتح عظيم للشريعة الإسلامية الغراء ، لاسيما إذا لوحظ أن ماورد في المشروع من نصوص يمكن تخريجه علي أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أم لم يوجد فإن القاضي في أحكامه بين اثنتين ، إما أن يطبق أحكاما لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الإسلامية وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها ، بل أخذ المشروع بنظريات عامة في الفقه الإسلامي كنظرية التعسف في استعمال الحق ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة. كما أخذ من هذا الفقه كثيرا من الأحكام التفصلية كالأحكام الخاصة بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأرض الزراعية وهلاك

الزرع وبيع المريض مرض الموت ، وخيار العيب وخيار الرؤية وتبعة الهلاك في المبيع وأحكام العلو والسفل والحائط المشترك والأهلية والشفعة ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين وأحكام الهبة "

وليس هذا فحسب فقد تأثر القانون المدني المصري بأحكام الفقه الإسلامي في تغليب النزعة المادية الموضوعية في النظر إلي الالتزام واعتباره أبعد من أن يكون علاقة شخصية . ويتفق مع هذه النزعة المادية الأخذ بالإرادة الظاهرة في العقود إذ ينشأ العقد طبقا لما جاء في المادة ٨٩ من القانون المدني المصري بمجرد تبادل التعبير الدل علي الرضا بين الطرفين . وتتجلي هذه النزعة كذلك في كثير من المعايير التي أخذها القانون من الفقه الإسلامي كمعيار عناية الشخص المعتاد وعناية الشخص الحريص .

وقد كان القانون المدني السابق وأحكام القضاء التي صدرت في ظله من أهم المصادر التي اعتمد عليها القانون المدني الحالي . كذلك كان القانون المقارن من المصادر النافعة لهذا القانون.

ومن هذا كله يتضح أن أهمية صدور القانون المدني المصري في التطور التشريعي من الأوجه التالية :

١- يمثل هذا القانون مزجا بين المفاهيم القانونية الحديثة وبين أحكام الفقه الإسلامي ونظرياته وقواعده مما أدي إلي مزيد من الاقتراب من هذا الفقه والتوسع في دراسته وتقدير دوره الحضاري الخلاق.

٢- قدمت هذه الصيغة " المزجية " نوعا من التوفيق بين الاستجابة للاستفادة من التراث الفقهي ومن الأصول الشرعية وبين مقتضيات المعاصرة والتحديث التشريعي .

٣- فتحت هذه الصيغة أبواب دراسة الفقه الإسلامي بمناهج الدراسة القانونية الحديثة ، وساعد هذا علي التخلص من عيوب التعصب المذهبي والوقوف عندما تركه

الأقدمون من تراث ، وأصبح النداء إلي التخير من المذاهب الفقهية مقبولا ، كما أصبحت الدعوة إلي فتح باب الاجتهاد من الأمور التي لا تثير حفيظة أحد .

٤- برهنت هذه الصيغة علي أن من الممكن من حيث المبدأ الإفادة من التفكير القانوني الحديث لتطوير الفكر التشريعي العربي والإسلامي .

٥- تأثر كثير من البلاد العربية بالنموذج الذي قدمه القانون المدني المصري وتبنة بعض هذه البلاد مما أدي إلي بذر بذور الوحدة القانونية العربية والتفكير التشريعي فيها.

وعلي الرغم من هذا كله فما تزال هذه الخطوة بحاجة إلي ما يتممها ويكملها ، مما يؤكد ربط النصوص القانونية بأصولها الشرعية ويوجب في الوقت نفسه إعمال قواعد التفسير الأصولية في فهم النصوص وتطبيقها .

أما في مجال القانون الجنائي فكان قد صدر قانون العقوبات المصري في نوفمبر ١٨٨٣ كما تقدم ، وجاء في مادته الأولي النص علي استناد ولي الأمر في إصداره علي الحق المقرر له شرعا في مواجهة الجرائم والعقوبة عليها ، وأنه لم يفعل في هذا القانون أكثر من تعيين " درجات العقوبة التي لأولياء الأمر شرعا تقديرها ، وهذا بدون إخلال في أي حال من الأحوال بالحقوق المقررة لكل شخص بمقتضي الشريعة الغراء " . ويتفق هذا الاعتراف بالحقوق الشخصية مع ماجاء في المادة رقم ٢٣٠ من هذا القانون ، ونصها : " في جميع الأحوال المبينة في هذا الباب التي تقضي فيها الشريعة الغراء بالدية يصير تقديرها والحكم بها شرعا للأشخاص السارية عليهم أحكام تلك الشريعة ، وهذا بدون إخلال بالعقوبات المدونة في هذا القانون " .

وعلي الرغم من هذا الاعتراف بأن أحكام هذا القانون لا تعارض الحقوق الشخصية التي قررتها الشريعة والنص علي الاعتراف بالدية فقد ثار خلاف كبير حول

مفهوم هذا النص وكيفية تطبيقه ، وقد كان الحل فيما يبد و هو الانصراف عن تطبيق هذا النص وعدم الالتفات إليه ، فلم نجد أحكاما تقضي بالدية أو تسأل أولياء الدم عن رأيهم في القصاص من الجاني أو العفو عنه . وقد صدر قانون جنائي آخر في عام ١٩٠٤ دون أن يتولي هذه النصوص المتعلقة بالدية والحقوق الشخصية في الشريعة بالتوضيح . أما القانون الجنائي المصري الصادر عام ١٩٣٧ فقد اختصر هذه النصوص واكتفي بالإشارة في المادة السابعة منه إلي أنه " لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الإسلامية " ومفاد هذه المادة أن الحق في القصاص والدية ، وهما من الحقوق الشخصية ، لأولياء الدم ما يزال حقا ثابتا ، ولهم أن يطالبوا به .

وعلي الرغم من كثرة الدعوات للمطالبة بالتجديد والتطوير في مجال القانون الجنائي لتحقيق المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مع مراعاة الاقتراب من مقررات الفقه الإسلامي فإن اتجاهات التطوير تأخذ خطا مختلفا يبدأ بالنظريات الجنائية الغربية ودراستها والحديث عنها دون نظر إلي الواقع وظروف الناس ومشكلاتهم وآرائهم الخاصة ومعتقداتهم . والنتيجة مانراه من توتر بين النظريات التي يحشو بها الطلاب رؤوسهم وبين الواقع الذي نعيشه ، حيث أصبحت السجون مباءة لتفريخ الإجرام وظروف الحياة فيها لا تليق بمجتمعاتنا واضطرب الأمن وكثر الفساد حتي أصبح أسلوباً للحياة وكثرت القوانين الاستثنائية لحماية السلام الاجتماعي وحماية الجبهة الداخلية وحماية المكاسب الاشتراكية وحماية القيم وقانون الطوارىء والعيب . ويعني النظر إلي هذا أنه لابد من الدعوة إلي تطوير القانون الجنائي بما يحقق المصلحة الاجتماعية وفق صيغة فقهية تقوم علي الاجتهادوفهم النصوص الشرعية في ضوء مقاصد الشرعية وغاياتها . ولا بأس في أن نبتعد عن بعض صيغ التطبيق الفقهية مادمنا متمسكين بجوهر التشريع الإسلامي ومقاصده العامة ونصوصه القطعية .

٤- في الشام والعراق

ساعد وضع المجلة العدلية وتطبيقها في منطقة الشام والعراق قبل وقوعها في قبضة الاحتلال الغربي بعد هزيمة العثمانيين في الحرب العالمية الأولي علي استمرار تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فترة أخري ، إذ أن هذه المجلة كانت تقنيناً مستمدا من المذهب الحنفي . وكانت الحكومات الوطنية هي التي جرؤت علي تغييرها وإحلال قوانين أخري محلها ؛ ففي عام ١٩٤٩ أمر حسني الزعيم في سوريا بتشكيل لجنة لوضع قانون مدني عصري علي غرار القانون المصري، بناء علي أن المجلة رغم أهميتها ومكانتها في التشريع ليست قانونا مدنياً بالمعني الكامل، فقد اقتصرت أحكامها علي طائفة معينة من المعاملات المأخوذة من المذهب الحنفي وحده دون سائر المذاهب، ولم تتضمن أحكاما عن الالتزامات بوجه عام ولا عن العقد ولا عن الحقوق العينية ، ولكنها حوت أحكاما لاتمت إلي القانون المدني كالأحكام المتعلقة بتنظيم القضاء وأصول المحاكمات . وهي في صياغتها بعيدة عن الصياغة القانونية بماورد في موادها من الإطالة والإسهاب وذكر الأمثلة والأسباب ، فكانت صياغتها إلي لغة الفقه أقرب منها إلي لغة القانون(١) ".

ومن هذا يتضح أن الأسباب التي دعت إلي استبعاد المجلة والعمل علي صياغة قانون مدني عصري تتمثل في الأمور التالية :

١- الرغبة في صيغة القانون المدني المصري التي تقوم علي المزج بين التفكير الفقهي والتطورات والمفاهيم القانونية الحديثة.
٢- النقص الواضح في المجلة ، حيث لم تتعرض لما يضبط عددا من المفاهيم والعقود الضرورية في الحياة الاقتصادية الحديثة . من ذلك مفهوم العقد والحق والالتزام ، كما أنها لم تتناول أحكام عقد التأمين وبعض أنواع الرهن والحوالة.
٣- الاقتراب في الصياغة من اللغة الفقهية التي لا تكتفي بالقاعدة ، وإنما تضرب

---

(١) مقدمة المذكرة التوضيحية للقانون المدنى السورى الصادر عام ١٩٥١

المثل وتوضح السبب .

٤- تناول عدد من الموضوعات التي تخرج عن حدود المعاملات المدنية ، وذلك كأحكام الإثبات والقضاء والقواعد الفقهية الواردة في بداية المجلة .

٥- وتضيف المذكرة الإيضاحية سببا آخر للتغيير والأخذ بقانون قريب من القانون المصري ، هو العمل علي الوصول إلي الوحدة القانونية للبلاد العربية ، فهذا الهدف كما جاء في هذه المذكرة " كان مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملا من آمالهم ، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل ، وهو أول خطوة عملية لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية [١] " .

وقد نص القانون السوري كنظيره المصري علي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص ، فإن لم يجد القاضي فيها ما يقضي به رجع إلي العرف، وإلاكان عليه أن يقضي بمبادىء القانون الطبيعي والعدالة . وهكذا اتجه التطور في سوريا من التطبيق لأحكام المذهب الحنفي الذي قننته المجلة العدلية إلي الأخذ بصيغة المزج بين التفكيرين الفقهي والقانوني .

وفي عام ١٩٥٣ صدر القانون المدني العراقي ليمثل اتجاها أكثر وضوحا في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية من نظيريه المصري والسوري ؛ فقد جاء في مذكرته الإيضاحية : " «رؤي أن يكون المشروع مثالا لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية ، فجاء مزاجا متألقا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ترده إلي ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع .. ولم

---

(١) السابق.

يأل المشروع جهدا في التنسيق بين الأحكام التي استقاها من مصدريه الأساسين : الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية ، فاندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها " .

وتكمن أهمية صدور هذا القانون في الأمور الآتية :

١- اتجاهه إلي تبني صيغة المزج بين الشريعة الإسلامية والأحكام القانونية الغربية بمنهج يختلف عن منهج القانونين المدنيين المصري والسوري من حيث الاقتراب من الأحكام الشرعية والمصطلحات الفقهية . ومن هذا يتضح تنوع صيغ المزج باقترابها أوبابتعادها من أحد هذين المصدرين : الفقه والقانون الغربي .

٢- القصد إلي اتباع خطة معينة في هذا المزج بما يحقق الاندماج بينهما " في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها " طبقا لما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون . وإنما يتحقق هذا المزج والدمج بالانحياز إلي التراث المحلي وتطعيمه بالأفكار القانونية اللازمة لإتضاجه وتطويره .

٣- وضوح المصطلحات الفقهية فيه ، كالتعرض لبعض أنواع الشركات الفقهية، وتناول أحكام الغصب والإتلاف عند تحديد أحكام المسئولية التقصيرية . وقد كان القانون المدني العراقي خطوة تطورية فأثر بدوره في كثير من القوانين المدنية العربية التي صدرت بعده في الأردن والكويت واليمن والإمارات العربية المتحدة . ويشير المرحوم عبد الرازق السنهوري الذي أسهم بدور كبير في وضع هذا القانون إلي أهميته الكبري في مقاله المنشور في مجالة القضاء العراقية عام ١٩٦٢ تحت عنوان " القانون المدني العربي " بقوله: "«هذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث . ذلك أن الشريعة الإسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من

طراز القانون الروماني ، لم تهب عليها ريح الإصلاح إلا في مرحلة أولي يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية علي نسق التقنينات العربية في المجلة وفي مرشد الحيران. وها نحن الآن في مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقي الجديد . وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامي إلي جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد . فلسنا مغالين إذا قلنا إن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أجل التجارب في تاريخ التقنين، فهذه أحكام الفقه الإسلامي قننت في نصوص واضحة ووضعت إلي جانب نصوص القوانين الغربية ، وبذلك تم جمع الفقه والقوانين الغربية علي صعيد واحد ، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها، ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الإسلامي ، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا [٩]»

ولقد كان القانون المدني الأردني الصادر عام ١٩٧٦ والذي حل محل مجلة الأحكام العدلية في الأردن خطوة أخري علي طريق التطور ، حيث اقترب أكثر من غيره من الفقه الإسلامي ، وأدخل واضعوه عددا من المعايير التي يسرت دمجه بالفقه الإسلامي ، من ذلك إعداد هذه المذكرة التوضيحية التي بينت مرجع أحكام كل مادة في كتب الفقه المعروفة ، بما ييسر علي المشتغلين الرجوع إلي هذه الكتب. ومن جهة أخري فقد جاء في هذا القانون النص علي الرجوع في تفسير نصوصه ومفاهيمه إلي قواعد التفسير الأصولية المدونة في أصول الفقه. وقد أحسن القائمون علي وضع القانون المدني في الإمارات حين فطنوا إلي أهميـة هذه الأدوات في تغليب اتجاه التطور القائم علي ربط الصياغة القانونية بأصولها الشرعية ومن الواجب العمل علي تقريب الوصول إلي هذه المرحلة التي نتهيأ فيها لصدور قوانين مدنية مستمدة من أحكام الفقه الاسلامي واجتهادات فقهائنا وتفسيراتهم المتنوعة لنصوص الشريعة

الإسلامية بما يحقق المصالح الاجتماعية ويدعم التطور والتقدم في مجتمعاتنا التي تستحقه وتتطلع إليه وتمتلك الدوافع إليه وإمكانات تحقيقه.

المبحث الثالث

التطبيق الشرعي في مجال الأسرة

تقديم :

انحصر تطبيق الأحكام الشرعية في مطلع هذا القرن في أكثر البلاد الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية ، واستمر القضاة علي عادتهم في الرجوع إلي الكتب الفقهية لاستقاء الأحكام منها . لكن الحاجة إلي التغيير قد بدأ الإحساس بها والتعبير عنها في مصر علي يد الإمام محمد عبده عقب توليه منصب الإفتاء في آخر القرن الماضي ؛ فقد عكف علي دراسة أوضاع المحاكم الشرعية ، وقدم تقريرا مطولا لإصلاحها عام ١٨٩٩ م . وكان من أهم ما طالب به الأستاذ الإمام في تقريره هذا وجوب العمل علي تأليف لجنة من العلماء لاستخراج كتاب في أحكام المعاملات الشرعية ينطبق علي مصالح الناس المعاصرة ويكون سهل العبارة علي هيئة مجلة الأحكام العدلية دون تقيد بأحكام المذهب الحنفي (١) . وعلي الرغم من استقرار النظر للمذاهب الفقهية المختلفة علي أنها تفسيرات متنوعة للنص الشرعي طبقا لما عبر عنه الشعراني في كتابه الميزان الكبري وأن اختلافهم رحمة وأن كلا منهم من رسول الله ملتمس فإن تقنين الأحوال الشخصية بالإفادة من هذه المذاهب جميعها لم ير النور في حياة محمد عبده ، واستمرت المعارضة للتطوير في هذا الاتجاه علي أشدها حتي نجحت في وأد مشروع تقنين الأحوال الشخصية الذي أعدته اللجنة المشكلة من كبار علماء المذاهب الأربعة في عام ١٩١٥ .

---

(١) تاريخ الأستاذ الإمام ١ / ٦١٧

وفي هذه الأثناء نجحت دولة الخلافة العثمانية في تجميع الجهود لإصدار قانون حقوق العائلة عام ١٩١٧. وقد وضع هذا القانون المثال الذي احتذته العديد من البلاد العربية فيما بعد. وإنما ذلك لأنه أول قانون في أحكام الأسرة مستمد من الاجتهادات المتنوعة للمذاهب الفقهية . وكان الاستناد في إصدار هذا القانون من الناحية الفقهية إلي حق الحاكم في تطبيق رأي معين من بين الآراء الفقهية العديدة المعتبرة ، طبقا لما توجيه القاعدة الفقهية القاضية بأن " اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف " . ويستند حق الحاكم في الاجتهاد لرفع الخلاف إلي المصلحة ، وهي أصل من الأصول المعتبرة شرعا . ولذا فإن اجتهاد الحاكم مقيد بالمصلحة طبقا لما تفيده قاعدة فقهية أخري .

وقد تضمن هذا القانون عددا من الأحكام التي جرت القوانين العربية علي الأخذ بها فيما بعد . من ذلك إثبات حق الزوجة في المطالبة بفسخ الزواج ورفع الأمر إلي القاضي إذا كان بالزوج عيب مستحكم لابرء منه أو إذا غاب عنها دون أن يقوم بالإنفاق عليها . و إنما أخذ القانون بالمذهب المالكي في التفريق بالعيب وبالمذهب الحنبلي في التفريق بالغيبة مع عدم الإنفاق . وكذلك تضمن هذا القانون تصحيح اشتراط الزوجة علي زوجها في العقد ألا يتزوج عليها . وتبدو قوة النزوع في هذا القانون إلي الإصلاح والتطوير فيما تضمنه من الحكم بعدم انعقاد زواج الصغير والصغيرة قبل وصولهما إلي سن البلوغ ، وهو لا يكون قبل تسع سنوات للبنت واثنتي عشرة سنة للولد .

١- في مصر :

وكان صدور هذا القانون إيذانا بفتح باب الاجتهاد في أحكام الأسرة وإنهاء لمقاومة الإصلاح والتجديد في كثير من البلاد الإسلامية ؛ إذ لم تمر سوي سنوات قليلة في مصر حتي صدر مرسوم ١٩٢٠ ومرسوم ١٩٢٩ . وقطع هذان المرسومان

شوطا أبعد في الإصلاح ، حيث أجازا للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي إذا امتنع زوجها من الإتفاق عليها، حتي ولو كان حاضرا ، وأجازا لها التفريق بالعيوب المختلفة [1] وللشقاق [2] والضرر وللغيبة وللحبس ثلاث سنوات إذا كان الحكم نهائيا ومضت سنة علي بدء تنفيذه . والقانون المصري في هذا مالكي الاتجاه . أما فيما يتعلق بالمنع من زواج الصغار فقد اتجه القانون المصري إلي الأخذ بالإجراء الشكلي الذي يمنع القاضي من النظر في الدعوي المقامة من أي من الزوجين إذا قلت سن الزوجة عن ست عشرة سنة والزوج عن ثماني عشرة سنة أو إذا لم توجد وثيقة الزواج الرسمية ، وفي الوقت نفسه فقد منع المأذونين من توثيق مثل هذا العقد [3] . وبهذا فان أسلوب المنع من الحماية القانونية هو الأسلوب الذي لجأ إليه التجديد في مصر للحد من زواج الصغار . ويختلف هذا الإجراء الشكلي عن الحل الموضوعي الذي أخذ به القانون العثماني في ذلك، وهو الحكم ببطلان مثل هذا الزواج علي النحو المشار إليه قبل قليل .

ومن جهة أخري فقد اتجه مرسوم ١٩٢٩ إلي تقييد الطلاق وتقليل حالات وقوعه بالمنع من وقوع طلاق المكره والسكران والطلاق المعلق علي فعل شيء أو تركه ما لم يقصد الزوج إيقاع الطلاق به ، وبالحكم بأن الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا طلقة واحدة [4] .

ولا يخفي أن أحد أهم الأهداف من هذين المرسومين وما تلاهما من تشريعات هو العمل علي رفع المعاناة أو تخفيفها عن المرأة . ويتضح هذا المقصد في الحكم بإدخال نفقة تطبيب الزوجة وعلاجها ضمن بنود النفقة الواجبة لها علي الزوج طبقا لما تقرر في مرسوم ١٩٧٩ المعدل بمرسوم ١٩٨٥ . وجاء في الاتجاه نفسه الحكم برفع سن

(١) المادة التاسعة من مرسوم ١٩٢٠
(٢) المواد من ٦ إلى ١١ فى مرسوم ١٩٢٩
(٣) المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩٣١
(٤) المواد ١ .٢ .٣ من مرسوم ١٩٢٩

حضانة النساء للصغيرة إلي سن العاشرة مع إقرار حقها في البقاء في يد الحاضنة فوق ذلك إلي أن تتزوج والصغير إلي سن الخامسة عشرة [١] .

وقد سعت هذه الإصلاحات التشريعية إلي حفظ حقوق الزوجين والأولاد بما رسمته من إيجاب توثيق كل من الزواج والطلاق وفرض الجزاءات المناسبة بمخالفة هذا الواجب ، حيث رتبت المنع من سماع الدعوي والعقوبة بالحبس إلي ستة أشهر أو الغرامة إلي مائتي جنيه أو الحبس والغرامة معا . وإنما رتب التشريع هذا الجزاءات لضمان حقوق أطراف الزواج وثمرته عند أي نزاع . وإذا كان مرسوم ١٩٢٠ و ١٩٢٩ تقنينا جزئيا لبعض موضوعات الزواج والطلاق فقد صدر في مصر بعد فترة وجيزة عدد من القوانين الشاملة والتي تتناول موضوعا قانونيا بكامله؛ إذ شهد عام ١٩٤٣ صدور قانون الميراث وعام ١٩٤٦ صدور كل من قانون الوقف والوصية . ولعل أهم المزايا التي انطوت عليها قوانين الميراث والوصية والوقف هو عموم تطبيقها علي جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين علي الرغم من استمدادها من أصولها الشرعية . وفضلا عن ذلك تضمن قانون الوصية عددا من الأحكام الجديدة التالية :

١- جواز الوصية للوارث ؛ فقد جاء في المادة رقم ٣٧ من قانون الوصية النص علي أنه تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة " وقد استند القانون في هذا إلي حاجة الناس لمعاونة بعض ورثتهم لصغر أو عجز أو بتعطل أو مرض أوما إلي ذلك من ظروف تدعو إلي مثل هذه الوصية . وأشارت المذكرة الإيضاحية إلي استناد القانون في هذا الذي أخذبه إلي مذاهب بعض علماء السلف وفقهاء الشيعة وبعض المفسرين . ويختلف القانون في هذا الذي أخذ به

(١) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

مع الحديث المرفوع " لاوصية لوارث " ومع إجماع فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية والزيدية والأباضية .

٢- أجاز القانون الوصية بقسمة أعيان التركة بين الورثة بحيث يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة . وقد أريد بهذا الحكم تمكن المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة علي الوجه الذي يراه صالحا . ولوزادت قيمة نصيب أحدهم عن حقه في التركة كانت الزيادة وصية جائزة للوارث . وإنما أخذ القانون هذا الحكم من مذاهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة (م ١٣٠ من قانون الوصية)

٣- أخذ القانون بمفهوم الوصية الواجبة للأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت ، وقد يكونون في عياله ينفق عليهم قبل موته ويحب أن يوصي إليهم ولم يمنعه إلا أن المنية عما جلته فلم يفعل. وبهذا افترض القانون أن الميت قد أوصي لهم وصية تعادل نصيب أصلهم الذي مات في حياة هذا الميت وإنما اعتبر هذا التصرف الذي يوجبه القانون وصية لخروجه من ثلث التركة، ولكن تطبق فيه قواعد الميراث من حيث تضعيف نصيب الذكر بالنسبة للأنثي عند توزيع نصيب الأصل علي الأحفاد . وبهذا فإن الحكم بالوصية الواجبة اجتهاد يقوم علي المزج بين قواعد الوصية والميراث لمعالجة وضع اجتماعي كثرت منه الشكوي ورئي التصدي له بالعلاج .

أما مجال لوقف فقد تضمن عددا كبيرا من التجديدات الفقهية ، لعل من أهمها :

١- إلغاء الأوقاف الأهلية . وهذا هو ماجاء به قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م

الخاص بالغاء نظام الوقف علي غير الخيرات . وكانت الأهداف المعلنة من هذا الإلغاء هي مواجهة هؤلاء الذين يتذرعون بهذا النظام لحرمان بعض ورثتهم ومحاباة بعضهم الآخر والقضاء علي مساوىء الإدارة في الانتفاع بأموال الأوقاف. وقد هاجم بعض الاقتصاديين الأوقاف الأهلية من جهة أخري هي أن هذا النظام قد أدي إلي تجميد نسبة كبيرة من الثروة العقارية ومنعها من التداول مما يؤدي إلي الإضرار بالثروة العامة . ولعله غير خاف أن المجلس السامي Privy Council كان حكم في الهند بالغاء الوقف الأهلي لخروجه علي معني البر والتبرع الذي هو المقصود الأول من نظام الوقف . والحقيقة أن هذا الإلغاء كان لتناقض هذا النظام مع مفهوم الوقف في القوانين الغربية . ويبدو من هذا أن قوي التجديد في مصر قد اتجهت إلي التضحية بنظام الوقف الأهلي انتصارا للمفاهيم القانونية الغربية . وكان هذا ماحدث في سوريا قبل ثلاث سنوات ، أي في عام ١٩٤٩ .

٢- جواز رجوع الواقف عن وقفه وحقه في تغيير مصارف الوقف وشروطه في غير وقف المسجد والوقف عليه (م ١١ من قانون الوقف ١٩٤٦). وبهذا لم يعد الوقف لازما بمجرد إنشائه كما كان الحال من قبل .وإنما كان الهدف هو فتح الباب للرجوع عن الوقف .

٣- نظم القانون إدارة الأوقاف ومحاسبة النظار علي الأوقاف وعزلهم وحدد مسئولياتهم (المواد ٥٠ إلي ٥٤ من قانون الوقف ١٩٤٦) . ولا يخفي وجه الإصلاح في ذلك .

٤- حمي القانون ذرية الواقف وورثته بتقييد حقه في التصرف بالوقف فيما لا يجاوز ثلث تركته (م ٢٣ من قانون الوقف ١٩٤٦) ، وأخذ بفكرة الاستحقاق الواجب لورثة الواقف فيما زاد عن الثلث ، بمعني أنه إذا وقف من ماله أكثر من الثلث فإن لكل وارث استحقاقا واجبا في هذا القدر الزائد عن الثلث يعادل نصيبه

في الميراث (المادة ٢٤ من القانون المذكور) .

ولعله قد اتضح من هذا كله أن موضوعات التجديد قد أملتها أهداف عديدة، من بينها التأثر بالمفاهيم القانونية الغربية والاستجابة لبعض المصالح الاجتماعية في ظروف الحياة الحديثة .

٢ - في بلاد الشام والعراق والجزيرة العربية :

فعلت الأسباب الداعية إلي التجديد في مجال الأحوال الشخصية فعلها في بلاد الشام والعراق كذلك . وقد وضعت أحكام قانون حقوق العائلة العثماني الصادر عام ١٩١٧ موضع التطبيق بهذه البلاد لتبعيتها لدولة الخلافة ، واستمر ذلك حتي صدور قانون حقوق الاسرة الأردني عام ١٩٥١ والسوري عام ١٩٥٣ والعراقي عام ١٩٥٩.

ويعبر قانون الأحوال الشخصية السوري عن مسيرة التجديد في هذه الدول الثلاث . ولعل أهم أوجه التجديد التي أتي بها تبرز فيما يلي :

١- جاء هذا القانون شاملا لاحكام الزواج والخطبة والطلاق والتفريق بطلب الزوجة وآثار انحلال الزواج والنسب والأهلية والولاية والوصية والمواريث ووقع في ثلاثمائة وثمانية من المواد . ويختلف منهج هذا القانون عن منهج التقنين الجزئي لموضوعات بعينها فيما أخذت به مصر .

٢- أخذ القانون بالمذهب الحنبلي في الحكم بتصحيح الشروط المقترنة بعقد الزواج كاشتراط إسكان الزوجة في مكان معين أو عدم التزوج عليها ؛ فكل شرط فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة " يكون صحيحا ملزما . أما إذا " اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط

صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج ، فاذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح " (م١٤). ويؤدي تصحيح الشروط علي هذا النحو والتفريق بين الشروط الملزمة وغير الملزمة إلي الحفاظ علي مصالح الزوجة ورفع مركزها في الزواج . ويتفق القانون العراقي والأردني في هذا (م١٩ أردني) .

٣- رفع القانون سن أهلية الزواج للفتي إلي ١٨ عاما وللفتاة إلي ١٧ عاما (م١٦) وإن كان للقاضي أن يأذن بزواج الفتي البالغ خمسة عشر عاما (م١٨) .

٤- أعطي القانون الحق للقاضي في ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج علي امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا علي نفقتهما (م١٧)

٥- للقاضي ألا يأذن بالزواج كذلك لعدم المناسبة بين الزوجين في السن (م١٩).

٦- حق القاضي في أمر الزوج بإسلاف زوجته شيئا من نفقتها قبل الانتهاء إلي تقديرها ، حفظا لمصلحة الزوجة ومنعا للأزواج من التهرب . ولهذا الحكم قيمة كبيرة في حماية المطلقات والزوجات من المماطلة وتعمد التأخير . ويقدر القانون الحق في الحكم بإسلاف الزوج زوجته بنفقة شهر يمكن تجديد الإسلاف بعده (م٨٢) ، وكان من الأفضل أن يستمر الإسلاف إلي حين الحكم بتقدير النفقة .

٧- اتفق مع مرسومي ١٩٢٠ ، ١٩٢٩ المصرين في إيقاع الطلاق المتعدد واحدا (م٩٢) وعدم وقوع طلاق السكران والمكره (م٨٩) والطلاق غير المنجز إذا لم تكن النية فيه إلي التفريق (م٩٠) وفي حق التفريق للزوجة بالعيوب (م١٠٥) وبالغيبة دون عذر (م١٠٩) وبعدم إنفاق الزوج (م١١٠) وللشقاق (م١١٢ ومابعدها)، وأجاز فوق ذلك للقاضي أن يحكم بتعويض المطلقة إذا كان الزوج متعسفا في طلاقه علي ألايتجاوز هذا التعويض قيمة نفقتها في ثلاث سنوات (م١١٧).

وقد أخذ في الميراث والوصية بما أخذ به القانون المصري من أحكام . أما السعودية وعمان والإمارات وقطر فقد ابتعدت عن هذه التطورات ولم تشارك فيها إلي حد كبير . غير أن اليمن الجنوبية الديموقراطية الشعبية كانت قد أصدرت عام ١٩٧٤ قانون الأسرة في أواخر العهد بنظامها الاشتراكي . وجاء في مقدمة هذا القانون التعبير عن أهدافه في «دعم نضال المرأة اليمنية ضد التفرقة ودعم مساواتها بالرجل والعمل علي تأكيد دور الأسرة في بناء المجتمع ، وهدم التقاليد البالية التي استلزمت إعطاء المرأة لمن يدفع لها أكثر».

أما مضمون هذا القانون الذي تناول أحكام الخطبة والزواج والطلاق والنسب وحضانة الأولاد فيشتمل علي كثير من الأحكام التي لا تشهد لها الأصول الشرعية ؛ إذ يوجب هذا القانون ألا يزيد المهر عن مائة دينار ، كما أنه لا يجيزالتعدد إلا في ظروف خاصة ، ولا الطلاق إلا بحكم القاضي بناء علي أسباب معينة ، ويحق لأي من الطرفين رفع الأمر للقاضي للحصول علي الطلاق عند توافر هذه الأسباب . ويلزم هذا القانون أن يتقاسم الزوج والزوجة نفقات الزواج وتأسيس منزل الزوجية وتكاليف الحياة الزوجية والإنفاق علي الأولاد (١) .

وقد فرضت الحكومة الصومالية في عهد محمد سياد بري التي كان لها هذا التوجه الاشتراكي في ١١ من يناير ١٩٧٥ قانونا مماثلا للأسرة (٢) ويتضمن ذات الأحكام المغايرة للتقاليد والتي لا تشهد لها الأصول الشرعية كذلك . ومن الواضح أن مثل هذه الصيغ القانونية لا مستقبل لها ولا سبيل لاستمرارها ولا تمثل المنهج

---

(1) Law Reform in the Muslin World by Anderson pp. 190-193
(2) Law Reform in the Muslin World by Anderson pp. 190-193

الرصين القويم للإصلاح والتجديد في مجال الأسرة ، وهي ليست قوانين للتطوير بل للتغيير .

٣- في الشمال الأفريقي :

هبت رياح التطوير والتغيير في قوانين الأسرة المطبقة في الشمال الإفريقي؛ ففي عام ١٩٤٧ شكلت وزارة العدل في تونس لجنة للنظر في قوانين الأسرة بالإفادة من المذهبين المالكي والحنفي والأخذ منهما ما يحقق المصالح الأجتماعية في ضوء الظروف الحديثة ، وقدمت اللجنة مشروعها الذي لم يتجاوز ماهو مدون في مؤلفات الفقه المألوفة ، فلم يؤخذ بشيء من هذا المشروع . وفي عام ١٩٥٦ صدر قانون قضي بإلغاء المحاكم الشرعية وبأيلولة ملكية الأوقاف العامة إلي الدولة كما قضي هذا القانون بتحريم التعدد في الزواج واعتباره جريمة معاقبا عليها ، وهو ما يخالف النص القرآن القاضي بإباحته ، وانتهي هذا القانون ، كذلك إلي جعل الطلاق بيد القاضي الذي يحكم به إذا اتفق عليه الطرفان أو إذا أراده أحدهما بناء علي وجود سبب من الأسباب التي يحددها القانون . أما إذا أراده أحدهما دون موافقة الآخر عليه ولم يوجد سبب يبرره من بين الأسباب التي حددها القانون فإن علي القاضي أن يحكم بالتعويض علي الطرف الذي أصر عليه، سواء كان هو الزوج أو الزوجة (م٣١) . ويكشف هذا القانون بذلك عن هدفه في تحسين مركز المرأة في المجتمع التونسي العربي . غير أنه يوجب علي الزوجة في المادة رقم ٢٣ أن تشارك في تحمل تكاليف أعباء الحياة الزوجية إذا ما قدرت علي ذلك . ويدل هذا علي أن الأهداف الإصلاحية في التشريع الأسري لا تنهض بها الوسائل المختارة لتحقيقه في كثير من الأحوال . إن الظروف الاقتصادية للمرأة في مجتمعاتنا في الأعم الأغلب من الأحوال ظروف صعبة ، ولذا كان فرض التعويض المالي لها في الطلاق نوعا من الإصلاح الذي تقبلته التشريعات العربية بالاستناد إلي النصوص الشرعية ، أما تكليفها بالأعباء المالية

فلا يتناسب مع هذا الهدف في تقديري . ولومع تقييده بشرط القدرة الذي سيشير من المشكل في إثباته وفي الاتفاق علي نسبة المشاركة أكثر مما يقدم من حلول ، وسيتذرع به بعض الأزواج في الإفلات من واجب الإنفاق علي الزوجة والأولاد، وهو تدمير لقدرة الأسرة علي القيام بوظائفها .

ويتناقض مع النصوص الشرعية تناقضا واضحا لالبس فيه الحكم الذي جاء في المادة الثلاثين منه والذي يقضي ببطلان أي أثر للطلاق الذي يوقعه الرجل بنفسه بعيدا عن المحكمة . وبدلا من ذلك فقد أخذ القانون المغربي الصادر علم ١٩٥٨ بوقوع مثل هذا الطلاق مع إيجاب التعويض للزوجة ، ولاخروج في الحكم بذلك علي مجموع أقوال الفقهاء المسلمين . وكذا فإن هذا القانون يحرم التعدد إن خيف الوقوع في الجور ، لكن لاحق للمحكمة في التدخل لمنعه ، ويأتي دورها بعد وقوعه لإعطاء الزوجة الحق في التفريق إن ثبت الإضرار بها .

ويتضمن قانون الميراث التونسي الصادر عام ١٩٥٩ نوعا من التجديد الذي استمده من الفقه الشيعي؛ إذ قضي هذا القانون بحجب الإخوة والأخوات بوجود الفرع الوارث مطلقا سواء كان مذكرا أو مونثا . وطبقا لهذا فإن وجود البنت أو بنت الابن يمنع إخوة الميت وأخواته من الميراث . ويتجه القانون بهذا إلي إحلال الأسرة الضيقة اللصيقة محل الأسرة الواسعة الممتدة .

خصائص التجديد في مجال الأحوال الشخصية وطبيعته :

لعله قد اتضح لنا من متابعة نماذج التجديد السابقة في عدد من البلاد الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية أن هذا التجديد يتميز بعدد من الملامح التي يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

١- تتنوع مناهج التجديد من حيث اقترابها من المصادر الشرعية بتفسيراتها المألوفة أو اتجاهها إلي تكريس المفاهيم القانونية الغربية ، أسوة بما تحقق في المجالات

التشريعية الأخري . ويمكن التمييز في هذا بين ثلاثة اتجاهات ، وتقسيم التشريعات الإسلامية والعربية وفق ذلك إلي ثلاث مجموعات ، أولاها هذه المجموعة المحافظة علي تقاليد التطبيق الشرعي بصورته المألوفة دون أن تشارك في التطور الحديث بإصدار قوانين موضوعية مستمدة من المذاهب الفقهية المتنوعة . ولا نلمح في بلاد هذه المجموعة من التغيير سوي ماطرأ علي نظام التقاضي ودرجاته الابتدائية والاستئنافية . وتضم هذه المجموعة كلا من المملكة العربية السعودية وجاراتها الأخري ولعل السبب في ذلك هو عدم وجود الحاجة الاجتماعية إلي التجديد أو الرغبة فيه .

وتضم المجموعة الثانية كلا من مصر وسوريا والعراق والأردن والمغرب والسودان وعدد آخر من البلاد الإسلامية التي التزمت في تجديداتها بمناهج الفقه الإسلامي في أكثر الأحوال ولم تخرج علي هذه المناهج والأحكام الفقهية إلا إلي نوع من الاجتهاد الذي يقوم علي الالتزام بالمصادر الشرعية المعتمدة .

أما المجموعة الثالثة والأخيرة فقد أخذت بمنهج لا يتقيد في بعض الأحوال بمناهج التفكير الفقهي المألوفة وخاصة في التصدي لبعض القضايا المثيرة للجدل والخلاف مثل قضية تحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضي . من ذلك القانون الصومالي واليمن الجنوبي المشار إليها قبل قليل ، وكذا القانون التونسي الذي انطوي علي كثير من أوجه التناقض مع الاجتهادات الفقهية المقبولة ومع الأسس العامة لهذه الاجتهادات . ولا يظفر هذا المنهج بأي نوع من القبول الشعبي ، كما أن تحقيقه لأي نوع من الإصلاح أمر مشكوك فيه . وهو بهذا يتناقض مع مقصوده ولا يؤدي إليه .

وينبغي أن يفتح باب الاجتهاد للإصلاح بالمناهج الفقهية إن أردنا التأثير والفعالية والإسهام الحقيقي في التغيير الاجتماعي عن طريق التشريع . ومن الواضح

لهذا أن المجموعة الثانية التي تعمدت الإصلاح باتباع المناهج الفقهية المقبولة هي التي تضم العدد الأكبر من البلاد العربية والإسلامية . وفي ظني أن البلاد التي لم تنخرط في هذا الإصلاح التشريعي بسبيلها إليه ، والأقرب إلي الاحتمال أن تنضم للمجموعة الثانية وأن تقبل مناهجها ولو بقدر من التحفظ والتحوط وتوقي مظان الشبه .

٢- يلاحظ أن هذه التجديدات لا تنبع من الإرادة الشعبية في كل الأحوال، بل قد تلجأ الدولة بأجهزتها التشريعية والقضائية إلي فرض هذه التجديدات . ومن القوانين التي ارتبطت برأي الناس وعبرت عن مطالبهم قوانين الميراث والوصية والوقف ١٩٤٦ في مصر ، حيث صيغت المقترحات ونشرت علي الجمهور لطلب الرأي في هذه المقترحات ، ثم أعيد صياغة الأحكام المقترحة وأعيد عرضها علي الناس وأخذ العلماء في التعبير عن رأيهم فيها بعقد المحاضرات والندوات وفي وسائل الإعلام ثم نوقشت في المجالس النيابية. وقد ضمن هذا الأسلوب تلقي الناس لهذه المشروعات بالقبول واستعدادهم لتطبيقها وحسن تحقيقها لأهدافها الإصلاحية . ويقيني أن هذا الأسلوب لا معدي عنه ولا يجوز اللجوء لغيره لفرض رأي فئة أو حكومة ، لأن شرط تحقيق الإصلاح بأي قانون هو تقبل الناس له ورضاهم به . أما أمثلة القوانين التي فرضت علي الناس دون أخذ رأيهم فكثيرة ، من أحدثها المشروع رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩ ، وقد انتهي به الأمر إلي عدم إقراره لتعجل الرئيس السابق في إصداره دون عرضه علي مجلس الشعب . ويرتبط أسلوب فرض القوانين بتدبير الحكومة مع فشل مثل هذه القوانين في تحقيق الأهداف المنوطة بها . ويدل علي ذلك المصير الذي انتهي إليه قانون الميراث العراقي الصادر عام ١٩٥٩ والمستمد من التقنين العثماني الخاص بميراث الأراضي الأميرية والمأخوذ بدوره من القانون الألماني . وقد كان الهدف من إصدار القانون العراقي هو توحيد الأحكام المعمول بها علي أساس قومي ، حيث رأت الحكومة آنذاك أن التباعد بين أحكام المذهبين الحنفي والشيعي في الميراث يشكل مانعا من إيجاد صيغة تحقق هذا التوحيد ، فقررت وضع نظام

أجنبي "محايد " موضع التطبيق ، معتقدة أن هذا النظام هو الذي يجب أن يحظي بقبول أهل السنة والشيعة معا ، ولم يتحقق شيء من هذا فتم إلغاء هذا القانون في فبراير ١٩٦٣ وحل محله قانون مستمد من الفقه الإسلامي (١) .

ويلاحظ أندرسون أن أحكام الأسرة في القانون المدني التركي المأخوذة من القانون السويسري عام ١٩٢٦ ظلت نصا ميتا لا يلجأ لتطبيقه أحد ، وظل الناس يطبقون الأحكام الفقهية في زواجهم إلي أن جاءت الحرب الكورية ، وانخرط الأتراك في صفوف الجيش ، ووجدوا أنهم لا يستطيعون أخذ رواتب المتزوجين ، كما لا تستطيع الأرامل أخذ معاش أزواجهم في إطار أحكام القانون المدني ، فاضطر الأتراك عند ذلك إلي عقد زواجهم وفق أحكام هذا القانون (٢) .

٣- تعدد الاجتهادات وتنوعها في التصدي للمشكلات المطروحة ، مما ينبيء بعدم الاستقرار علي مناهج ثابتة ومنضبطة في النظر الفقهي الحديث ، ويفتح هذا الباب لكثير من عواصف التبديل والتغيير ، يكشف عنه صدور مرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩في مصر ثم الحكم بإبطاله ووقفه بحكم قضائي ليصدر المرسوم نفسه عام ١٩٨٥ متضمنا بعض التعديلات . وكذا صدر في مصر أيضا قانون الوقف عام ١٩٤٦ متضمنا إقرار الأوقاف الأهلية مع الحكم بتأقيتها لمدة ستين عاما أو جيلين من المنتفعين ، ثم صدر بعد ذلك بقليل عام ١٩٥٢ قانون يقضي بإلغاء الأوقاف الأهلية. ولا يمر عام حتي يصدر قانون آخر بشأن النظر علي الأوقاف الخيرية وإدارتها . ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد ، فقد صدر في مصر عدد كبير من القوانين المتعلقة بالوقف في مدة تقل عن عشر سنوات منذ قيام الثورة . وتقديري أنه يجب الاتفاق علي الاستماع لرأي الخبراء وقادة الرأي والمتخصصين والبعد عن التحايل في فرض مالايريده الناس . ويجب علي المتخصصين في الوقت نفسه العمل علي استخلاص

---

(١) فى تاريخ التشريع الإسلامى ، كولسون ، ص ٢٨٦ الترجمة العربية نشر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٩٢

(2) Law Reform in the Muslin World Anderson p. 161

المناهج الفقهية المقبولة والاهتمام بدراسة الاجتهادات الفقهية الحديثة وأسبابها ومدي النجاح أو الفشل الذي صادفته في تحقيق الأهداف المرجوة منها .

الفصل الثاني

الفقه الإسلامي والنظم القانونية العالمية الحديثة

تقديم :

درج مؤرخو التشريع الإسلامي في العصر الحديث علي تناول نمو الفقه الإسلامي الذاتي وتطوره الداخلي دون أن يقدموا أي تصور عن علاقة الفقه الإسلامي بغيره من النظم القانونية الأخري ، سواء في مراحل نموه المختلفة أو في العصر الحديث . ويقوم هذا التجاهل علي افتراض أن الفقه الإسلامي نظام قانوني منعزل عن غيره من النظم القانونية الأخري لا شأن له بها ولم يؤثر فيها ولم يسهم في تطويرها . ويؤدي هذا الافتراض إذا تم التسليم به إلي زيادة عزلة الباحثين في الفقه الإسلامي ووقوفهم عند الحدود الخاصة بهم ، دون تطلع إلي فهم ما عند غيرهم وهضمه وتمثله والإفادة منه والإضافة إليه . إن الصورة التي يجب علي مؤرخ التشريع الإسلامي أن يقدمها مؤلفة من وجهين ، أولهما ملمح النمو الذاتي للفقه الإسلامي ، والملمح الآخر هو علاقة النظام الفقهي بغيره من النظم القانونية الأخري . ويفيد تناول علم تاريخ التشريع الإسلامي لهذين الملمحين في تأكيد الأساس الفلسفي والنظري للدراسة القانونية المقارنة ، وخاصة بعد دخول كثير من النظم القانونية لبلادنا ، وبعد أن أصبح الفقه والقانون يتقاسمان عقل الطالب وقاعات الدرس ومنصات المحاكم . ومن جهة أخري فإن من الواجب أن نعرف لذات المعرفة حقيقية الدور الذي قام به الفقه الإسلامي في تطوير النظم القانونية العالمية .

وعلي سبيل المقارنة فإن تجاهل مؤرخي التشريع طبيعة العلاقة بين هذا التشريع وبين النظم القانونية الغربية يقابله اهتمام مؤرخي القانون الانجليزي بالإشارة إلي بعض جوانب هذه العلاقة . وتأتي إشاراتهم هذه لتفسير ظهور بعض المفاهيم القانونية التي يؤرخون لها في تاريخ تشريعهم . وأخص بالذكر كتاب Holdsworth وعنوانه A History of English Law وهو

كتاب في ستة عشر مجلدا ، وفيه إشارات عديده لبعض مناحي تأثير الفقه الإسلامي في القانون الإنجليزي علي النحو الذي يمكن أن يكون ذا فائدة كبيرة في تحديد ملامح العلاقة بين الفقه الإسلامي والنظم القانونية الغربية .

وأتناول علاقة الشريعة الإسلامية بالنظم القانونية الغربية في المباحث التالية :

المبحث الأول

الفقه الإسلامي والقانون الروماني

تقديم :

حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني في البلاد التي فتحها العرب والمسلمون في القرن الأول الهجري ، لمصر والشام وبلاد الشمال الإفريقي وقام الفقهاء المسلمون بواجبهم في مراجعة الأوضاع القانونية السائدة في هذه البلاد المفتوحة ، وقبلوا منها مارأوه موافقا لمبادىء الشريعة الإسلامية وأصولها ورفضوا منها ما يعارض هذه المبادىء ؛ فهل تأثر الفقهاء المسلمون بقواعد القانون الروماني وأحكامه في بناء نظامهم التشريعي ؟ أم أنهم بتحكيمهم القواعد التشريعية التي جاء بها القرآن وفصلتها السنة النبوية قد استطاعوا بناء نظام قانوني خاص ومستقل يتميز عن القانون الروماني ، ولا يتشابه معه إلا في الملامح العامة التي تشترك فيها النظم القانونية جميعها ؟

في الإجابة عن هذا السؤال اتجاهان ، يميل أولهما إلي أن القانون الروماني قد أثر في الفقه الإسلامي . و يميل إلي هذا الرأي المستشرقون وعدد من أساتذة القانون، علي حين ينفي أصحاب الاتجاه الآخر أي تأثير للقانون الروماني علي بناء الفقه الإسلامي . وفيما يلي تفصيل هذين الاتجاهين .

الاتجاه الأول : إثبات تأثير القانون الروماني :

يذهب شاخت وكولون وأندرسون وعدد آخر من المستشرقين و د . شفيق شحاته إلي أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني تأثرابعيد المدي . وأدلة أصحاب هذا الاتجاه علي رأيهم فيما يلي :

١ـ اتبعت سياسة الأمويين مبدأ الاحتفاظ بالبنية الإدارية القائمة في البلاد المفتوحة . وكان هذا هو المدخل الطبيعي الذي تطرقت إليهم منه كثير من المفاهيم والنظم التي تمتد بجذورها إلي حضارات [١] أخرى. وبهذا فإن كثيرا من الدواوين والإدارات والتنظيمات التي اتبعها الأمويون استمرت تخضع للقوانين الرومانية التي كان يجري العمل بها قبل الفتح الإسلامي . ومما أخذه الأمويون عن الرومان وظيفة عامل السوق التي تطورت فيما بعد إلي نظام الحسبة التي وكل إلي صاحبها أمر الحفاظ علي الآداب والأخلاق مع الإشراف علي الأسواق كذلك ، فيما يسوقه أصحاب هذا الرأي دليلا لهم .

٢- كان الالتقاء بين القانون الروماني وبين الفقه الإسلامي في وقت بلغ فيه القانون الروماني غاية نضجه ، علي حين كان الفقه الإسلامي في بداية تكوينه، كما كان العرب والمسلمون في عصر فتوحاتهم في بداية تحضرهم علي حين كانت البلاد التي فتحوها لمصر والشام في درجة عالية من التمدن والتحضر ، ومن الطبيعي أن يؤثر أصحاب الحضارة والتمدن في المنتصرين عليهم إذا كانت درجة حضارتهم أقل .

٣- التشابه الملحوظ بين بعض القواعد الجزئية في الفقه الإسلامي والقانون الروماني . وفي تقدير شاخت أن التشابه الملحوظ هوبين الفقه الإسلامي وبين القانون الروماني القديم أو القانون البيزنطي المتأخر وإن لم يوجد مثل هذا التشابه مع تشريعات جوستنيان [٢].

ومن أمثلة هذا التشابه قاعدة تغريم السارق بدفع ضعف قيمة المسروق في الأحوال التي لا تطبق عليه فيها العقوبة الحدية ، وقاعدة نسبة الولد لأبيه بالزواج

---

(١) في تاريخ التشريع الإسلامي ، كولسون ، ص ٥٠ الترجمة العربية ، ط . بيروت .

(2)Itntroduction to Islamic Law P. 20

الموجود في القانون الروماني القديم والتي تماثل القاعدة الواردة في السنة : « الولد للفراش »

غير أن هذه القاعدة الأخيرة ذات مغزي خاص ؛ فإنها لا تثبت تأثيرا أو تأثرا، لعموم الاعتراف بها في النظم القانونية ، فإن الزواج لا يثبت شيئا إذا لم يثبت النسب للولد الذي تأتي به الزوجة . ويجه ذلك إلي الأمثلة الأخري التي ذكرها شاخت لتوضيح التشابه .

أما أصحاب الرأي الآخر الذي ينفي تأثير القانون الروماني في الفقه الإسلامي فيستدلون لذلك بالأدلة التالية :

١- لم تثبت ترجمة أي من كتب القانون الروماني إلي اللغة العربية في فترة تكوين الفقه الإسلامي ، مما يدل علي انصراف المسلمين عن هذا القانون وعدم حاجتهم إليه . أما الكتب التي ترجمت إلي اللغة العربية مثل الكتاب السوري الروماني الذي اشتمل علي بعض قواعد القانون الروماني والوجيز الذي وضع باللغة الإغريقية بأمر الملك بازيل عام ٨٧٠م ومجموعة المختارات فلم تترجم إلا بعد نضوج الفقه الإسلامي واكتماله ، إذ ترجم الأول في عام ١١٠٠ والثاني في بداية القرن الثالث عشر والثالث في بداية القرن الرابع عشر .

٢- تأثرت المؤلفات القانونية التي وضعها رجال الكنيسة بأحكام الفقه الإسلامي . من ذلك مجموعة ابن العسال (١٢٣٨م) التي اعتمد فيها مؤلفها علي الفقه المالكي والوجيز البيزنطي ، والتي وضعها باللغة العربية ، ومجموعة ابن الطيب المتوفي عام ١٠٤٣م ، وكذلك مجموعة ابن العبري التي ألفها صاحبها من الفترة ما بين ١٢٥٠م و ١٢٦٣م واعتمد فيها مؤلفها علي المذهب الشافعي في غير بعض مسائل الأحوال الشخصية ، وكتبها باللغة السريانية . ويعني تأثير أصحاب هذه المجموعات بالفقه الإسلامي أن فقهاء القوانين الكنيسة قد وجدوا بغيتهم في هذا

الفقه أكثر مما وجدوه في غيره ، مما يدل علي أن الفقهاء المسلمين هم الذين أثروا في غيرهم .

٣- الاختلاف بين الفقه والقانون الروماني في المصادر والمقاصد وأسلوب التطور ؛ فقد صدر القانون عن الأعراف وتطور بفضلها ، وساعد علي هذا التطور بعض القوانين المحدودة ، مثل قانون الألواح الاثني عشر الذي يرجع إلي القرن الخامس قبل الميلاد . أما الفقه فقد تمثلت مصادره في القرآن والسنة والإجماع والقياس ، واعتمد في تطوره علي مراجعة الأعراف والمشكلات التي تظهر في المجتمع علي ضوء النصوص الشرعية لقبول ما يتفق مع هذه النصوص ورفض ما لايتفق معها . ويقصد القانون الروماني إلي تحقق غايات نفعية محضة في حفظ مصالح الناس بما يكفل النظام والاستقرار في المجنمع . وقد كانت االآفاق التي تحدد هذه المصالح ضيقة محدودة ، حيث ركز النظر علي المصلحة الفردية ، فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة والأنانية وتقديم المصالح الخاصة علي المصالح العامة ،ولذا لا يحاسب الشخص إذا أساء استعمال حقه ؛ إذ يتضمن التسليم بالحق في هذا القانون جواز إساءة استعماله . أما المصلحة التي يقصد الفقه الإسلامي إلي تحقيقها فهي مصالح تشمل حياة الإنسان في الدينا والآخرة ، ويقدم المصالح العامة علي المصالح الخاصة ، ويحاسب علي التعسف في إساءة استعمال الحق .

وهذا الاختلاف بين هذين النظامين في المصادر والمقاصد وأسلوب التطور هو ما يعبر عنه المستشرق الفرنسي زيس بقوله : « أشعر حينما أقرا في كتب الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الفرنسي أو عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين هذين القانون، فبينما يعتمد قانوننا

علي العقل البشري تقوم الشريعة الإسلامية علي الوحي الإلهي .. فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الي هذه الدرجة من الاختلاف (١) »

٤- الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني في كثير من النظريات والقواعد الفقهية : إذ لا يعترف القانون الروماني بنظرية الضرورة التي صاغها الفقه الإسلامي علي أساس من النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية . ومن تطبيقات هذه النظرية جواز فسخ عقد الإجارة بالأعذار وتخفيف العقوبة للاستفزاز ورفع العقوبة للدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال المسمي في الفقه الإسلامي بدفع الصائل . وفي تقدير لا مبير الفقيه الفرنسي أن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي «قد جاءت تعبيرا واضحا وشاملا عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة ، وفي القضاء الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة علي نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة (٢) »

وتقوم نظرية العقد في الفقه الإسلامي علي مجموعة من القواعد التي لم يعرفها القانون الروماني ، من ذلك قاعدة تعادل الالتزامات بين أطراف العقد ، وهي أساس الحكم بفسخ الإجارة بالأعذار ، وقاعدة حماية الطرف الضعيف في العقد ، وهذا هو أساس شرع خيار الرؤية للمشتري وخيار الغبن وتحريم النجش أو التظاهر بشراء السلعة ورفع سعرها للتغرير بالمشتري الحقيقي وحثه علي الشراء بهذا السعر المرتفع أو بما يقرب منه . ومن القواعد الأساسية التي لم يصل القانون الروماني إلي

---

(1) Zeys : Traite Ellmentaire de droit musulman. Ig`erien, Vol.I, P. 9
نقلا عن تطبيق الشريعة الإسلامية للدكتور صوفي أبو طالب ص ١٢٥.

(2) Lambert , Le Cangres International de droit Compare
بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ص ، ٣٠ نقلا عن تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية للدكتورصدقى أبو طالب ص ١٣٣.

صياغتها قاعدة وجوب وفاء المرء بما يتعهد به ، وهي القاعدة التي ترجع إلي قوله تعالي (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، وكذلك قاعدة الرضا التي هي أساس إنشاء العقود .

ولم يصل القانون الروماني فيما يتعلق بالمسئولية المدنية إلي التفريق بينها وبين المسئولية الجنائية . وكان تفريق الفقه الإسلامي بينهما حاسما وواضحا فيما نص عليه الفقهاء من أن القصد من الأولي هو جبر الضرر الواقع علي حين أن القصد من الأخري هوزجر الجناة .

وكذلك كان القانون الروماني يعطي الدائن الحق في التسلط علي نفس المدين وماله إلي حد استرقاقه وبيعه في الدين إن عجز عن الوفاء به علي حين أن النصوص الشرعية لم توجب للدائن سلطة إلا علي مال المدين مما يزيد عن حاجاته الأساسية .

أما في الزواج فقد عرف القانون الروماني نوعين منه ، أو لهما الزواج مع انتقال السيادة علي الزوجة للزوج ، حيث تنقطع صلة الزوجة بأسرتها بعد الزواج وينتقل انتماؤها للزوج ، والثاني الزواج بدون سيادة ، حيث تستمر الزوجة في خضوعها لسلطة الأب التي كانت تخضع له قبل الزواج . وقد تخلص القانون الروماني في العهد البيزنطي من النوع الأول من الزواج . ولا يعترف القانون الروماني بمبدأ تعدد الزوجات الذي اعترفت به النصوص الشرعية وأباحته . أما في الطلاق فقد انتقل القانون الروماني من الاعتراف به و إباحته لأي من الطرفين إلي تقيده في حق الطرفين كذلك ، ولم ينتقل إلي مرحلة التقييد إلا بعد اعتناق المسيحية بقرون عديدة . أما الفقه الإسلامي فقد أخذ بإباحة الطلاق وجعله في يد الرجل بناء علي ما أثبتته النصوص الشرعية كما أعطي للزوجة الحق في طلب التفريق لعيب في الزوج أو لعدم إنفاقه عليها أو لإضراره بها وحدوث الشقاق بينهما .

وكان للميراث في القانون الروماني قواعده الخاصة ، حيث أخذ هذا القانون بانتقال المال إلي فروع الميت أولا مع التسوية بين الذكور والإناث ، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء الفروع انتقل الاستحقاق إلي الأصول والأخوة والأخوات الأشقاء مع المساواة بين الذكور والإناث . وقد صاغ الفقه الإسلامي قاعدة الفصل بين ذمة الميت وذمة الورثة ، بحيث لا يكون الورثة مسئولين عن ديون الميت إلا في حدود أنصبائهم في تركته . أما في القانون الروماني فيختلف الأمر عن ذلك ، إذ تختلط ذمة الورثة بذمة المورث ، ولذا تنتقل حقوقه والتزاماته إليهم ، ويجب عليهم لهذا أن يدفعوا ديونه ولو من أموالهم الخاصة ، وهم بهذا يخلفونه فيماله وفيما عليه .ولم تتطور كثير من المفاهيم التشريعية في القانون الروماني علي النحو الذي وصلت إليه في الفقه الإسلامي . من ذلك نظرية النيابة في التعاقد التي قطع فيها الفقه الإسلامي شوطا بعيدا ، حتي فرق بين الوكالة والرسالة ، ورد أحكام العقد إلي الموكل واعترف بمفهوم الفضالة . وقد وصل النضج في صياغة نظرية النيابة إلي الحد الذي انعكس في صياغة كثير من التفسيرات المتعلقة بسلطة الحاكم والخليفة وحدود هذه السلطة .

ويجب القول بأن هذه المفاهيم التي لم يعرفها القانون الروماني لاتشكل مجرد نواقص في بناء قانوني متكامل بقدر ماتدل علي ضعف هذا البناء وحاجته إلي التطور والارتقاء ، وهذا هو الدور الذي قدمه الفقه الإسلامي للتفكير القانوني الإنساني . وذلك أن هذا الفقه يهدف إلي تحقيق غايات أخلاقية رفيعة فاستطاع بفضل هذه المقاصد أن يحدد الطريق وأن ينتقل بالتفكير القانوني الإنساني إلي آفاق واسعة رحيبة ، سواء في مجال القانون العام أو الخاص .

ومن هذا كله يتضح أن الفقه الإسلامي نظام قانوني متميز ومستقل عن القانون الروماني ، لم يتأثر بصياغاته ولا بقواعده القانونية ، ولا يرجع التشابه بينهما إلا إلي الأمور العامة التي تتوافق فيها النظم القانونية المتباعدة .

المبحث الثاني

الفقه والقوانين الغربية

تقديم :

قدم الفقه الإسلامي نظاما متطورا إلي حد كبير ، وكشف عن كثير من النظريات القانونية الراقية ، في الوقت الذي كانت أوربا تخطو خطواتها الأولي في تطوير الفكير القانوني فيها وتخليصه من ظلام العصور الوسطي . ولذا فقد كان التطبيق القانوني وسير العدالة الجنائية في العالم الإسلامي محل إعجاب العديد من الأوربين وأصحاب الرأي والقادة منهم . وأدع أرييل هيد Uriel Heyd يعبر عن هذا الإعجاب بتطبيق القانون الجنائي الإسلامي في الولايات العثمانية الأوربية بقوله «لقد كان تطبيق القانون الجنائي العثماني محل إعجاب المراقبين الأوربيين في القرن السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر ، ليس لما يتمتع به هذا القانون من كفاءة ودقة فحسب بل لعدالته كذلك ، خاصة إذا ماقورن بنظائره الأوربية في هذه الأثناء . وإذا وضعنا في الاعتبار ما كان يعانيه المتقاضون الأوربيون من طول أمد التقاضي وارتفاع تكلفته . وإنما استثار دهشة هؤلاء المراقبين ماكانوا يلاحظونه من كثرة القضايا التي كانت تفصل فيها المحاكم العثمانية في جلسة واحدة ، وندرة القضايا التي تذهب إلي محاكم الاستئناف. وفي رأي هؤلاء المراقبين أن سرعة الفصل في هذه القضايا علي هذا النحو وتطبيق العقوبات الرادعة وكفاءة جهاز الشرطة كان من بين الأسباب التي أدت إلي انخفاض معدلات ارتكاب الجريمة في الأقاليم الواسعة والمتنوعة للدولة العثمانية [١] » .

---

(1) Uriel Heyd , Studies in Old Ottoman Criminal Law , Oxford University Press 1973 P. 313

وإذا كان هو الحال في تطبيق القانون الجنائي الإسلامي في الغرب الأوربي فإن هذا هو الحال كذلك في الهند بشهادة واربن هستنجز حاكم البنغال في الربع الثاني من القرن الثامن عشر ومهندس قانون العقوبات الهندي علي حد تعبير اللورد دنينج[1] . يقول Warren Hastings : «لندع اختبار مدي عدالة تطبيق هذه العقوبات (يقصد عقوبات الفقه الإسلامي) إلي الواقع العملي . ذلك أنه لا توجد وقائع كثيرة لارتكاب السرقة مع الإيذاء للمجني عليهم أو قتلهم Robbery في الهند في تلك المقاطعات التي يسود فيها الاحتكام لتلك العقوبات (أي الشرعية) ونادرا ما تحدث في هذه المناطق حادثة قتل . ويستطيع المسافر التجول في الإقليم كله دون أن يحمل سلاحا . وله أن ينام مطمئن البال في مكان واضح لا يخشي شيئا سوي الحيوانات المتوحشة [2] » ومع ذلك فانه في العام الذي قدم فيه تقريره هذا (١٧٧٢) عمل علي إصدار قانون يعاقب علي السرقة مع الإيذاء للمجني عليهم أو قتلهم Robbery بقتل الجناة بين ذويهم وفي قراهم مع فرض غرامات علي الفلاحين من أهل هذه القري، وتسخير أقارب هؤلاء الجناة في العمل لحساب السلطة في مناطق بعيدة عن ديارهم . وليس الهدف من إصدار هذا القانون والعقاب بهذه العقوبات التي اتناول أهل الجاني وذويه وسكان القرية التي ينتمي إليها سوي تخويف المواطنين وإرهابهم . ومن الطبيعي أن يكون القانون الإنجليزي هو الأنسب لتحقيق هذا الهدف .

ويوازن الدكتور علي راشد بين العدالة الجنائية الشرعية في العصور الوسطي وبين النظم الجنائية الغربية في الوقت نفسه ، فيقول : « لئن كانت الشريعة الإسلامية قد أضاءت العصر الوسيط الإسلامي بنظريتها المتكاملة في المسئولية العقابية ، أو الجنائية الأخلاقية ، التي أقامت عليها العدالة الجنائية في أمثل

(١) قصص رجال آخرين ، دينج ، الترجمة العربية ص ٩٤ ومابعدها طبعة دار الجيل بيروت ١٩٩٢
(2) G.F. Monckton Johnes, Warren Hatings in Bengal 1:157.

صورها فإن العصر الوسيط الأوربي ساده علي العكس الظلام والظلم والطغيان ، فإنه تحت سيطرة العاطفة الدينية وتسلط الكنيسة ... دخلت أمثال أعمال السحر والشعوذة في عداد الجرائم التي يعاقب عليها القانون الكنسي بالإعدام علي سبيل الانتقام والتفكير الدينيين . أما السلطة الزمنية في يد الملوك والحكام فقد بلغت من الإطلاق حدا ضاعت معه كل ضمانات العدالة الاجتماعية ، فكانت السلطة التنفيذية تزج بالناس في الأقبية والمعازل دون محاكمة . واستبد القضاة .. بل لقد بلغ الأمر حد إهدار المظاهر الأولية للعدالة الجنائية المؤسسة علي فكرة الذنب والاختيار ، فكانوا يعاقبون المجانين ، ويعاقبون أقرباء الجاني وذويه .. أما في التحقيق والمحاكمة فقد انعدمت كل الضمانات . بل إن التنكيل والتعذيب لحمل المتهم علي الإقرار والاعتراف كان بذاته وسيلة مقررة في الإثبات الجنائي . وكان الأمر أسوأ حالا في تنفيذ العقاب ؛ فان الإعدام ، وهو العقوبة المطبقة في أغلب الجرائم كان ينفذ بوسائل وحشية تقشعر من هو لها الأبدان ، كإحراق المجرم حياً، أوربطه في أربعة خيول تساق إلي اتجاهات مختلفة . ونظام الإعدام بالخازوق الذي نفذ في سليمان الحلبي ليس إلا من تطبيقات هذه الوسائل الشيطانية [(١)] » .

وهذه هي المبادىء التي كانت تحكم السياسة الجنائية في انجلترا أيضا؛ فقد كان الإعدام هو العقوبة في أكثر من مائتي جريمة بقصد الانتقام من الجاني ولوكان طفلا في السابعة . ولم يكن مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة معروفا في انجلترا في هذه الفترة فعوقب بالإعدام في بعض الجرائم البسيطة . وقدر عدد الذين أعدموا في عهد الملك هنري الثامن بمائتين وسبعين ألفا . أما طرق تنفيذ عقوبة الإعدام هذه فكان منها قطع الرأس والشنق والحرق والخنق والخازروق والرمي من مكان مرتفع والتمزيق بربط المجرم في الخيول ، ولم تلغ طريقة وضع المتهم في مرجل تغلي فيه

(١) د. علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة ص ٢١، الطبعة الأولي، ١٩٧٠، مطبعة المدني بالقاهرة .

المياه إلا سنة ١٥٤٧ ، كما لم تلغ طريقة الحرق بالنار إلا سنة ١٧٩٠ .

وفي تلك الأثناء كان التشريع الجنائي الإسلامي علي سبيل المقارنة قد وصل منذ أمد بعيد إلي حد الترقي والكمال بصياغة الفقهاء المسلمين لقواعد المسئولية تلك القوعد التي تنفي مؤاخذة الصبي والمجنون ، ولا تعاقب المخطيء ولا السكران، وكان الفقهاء المسلمون قد أدركوا بوضوح بالغ مبدأ شخصية المسئولية الذي يقضي بالا يعاقب إنسان بفعل غيره ، وأمدهم بهذا الوضوح تلك النصوص الشرعية العديدة التي تقضي بأن كل إنسان مسئول عن فعله هو لا عن فعل غيره وأنه لا تزر وزر أخري . وكذلك عبر الفقهاء المسلمون بوضوح حاسم عن مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة ، وحكموا بتفسير الشك لصالح المتهم ، بناء علي ما يروي من قوله صلى الله عليه وسلم : [١] «ادرأ وا الحدود بالشبهات ، ولأن يخطيء الإمام في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » . وحدد هؤلاء الفقهاء الهدف من العقوبة في إصلاح الجاني وزجره هو وغيره عن ارتكاب مثل الجناية المعاقب عليها . وتنحصر الجرائم المعاقب عليها بالقتل فيما حددته النصوص في الزنا بعد إحصان وفي العدوان علي النفس الإنسانية علي سبيل العمد وفي الحرابة والردة . وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل دم امريء مسلم إلا بإحدي ثلاث: زنا بعد إحصان ، وكفر بعد إسلام ، وقتل النفس التي حرم الله قتلها » .

وإذا كان الحال في نهاية العصور الوسطي هو تفوق التفكير القانوني الإسلامي علي هذا النحو في مقابل ضعف التفكير القانوني الغربي الذي كان قد بدأ يتلمس طريقه للنهوض فإن لنا أن نفترض وجود نوع من تأثير الفقه الإسلامي في القوانين

---

(١) ابن ماجة كتاب الحدود .

الغربية . ويرجح يوسف شاخت هذا الافتراض ، ويذهب إلي أن الفقه الإسلامي كان قد بدأ التأثير علي القوانين الغربية في العصور الوسطي . ويؤيد هذا الذي ذهب إليه بانتقال بعض مصطلحات هذا الفقه إلي القوانين الغربية مثل كلمة Cheque التي تجد أصلها في كلمة «صك» العربية ، وكلمة Avalالفرنسية إنما هي تحريف لكلمة حوالة العربية، وكذلك فإن الكلمة اللاتينية Mohatara ليست إلا كلمة «مخاطرة » العربية ، والكلمة الأخري اللاتينية Sensale أو Sensal مأخوذة من الكلمة العربية سمسار . ويضيف شاخت أن الفقه الإسلامي بأحكامه التي نظمت السفتجة (الكمبيالة) والحوالة قد جعل ظهور الأنشطة المصرفية ، والتي لم يقم بها الصيارفة اليهود فحسب ، بل والتجار المسلمون أيضا ، أمرا ممكنا في العصور الوسطي (١) .

ويفسر شاخت هذه الريادة للفقه الإسلامي وهذا التأثير علي القوانين الغربية في التعاملات التجارية بتفوق الأعراف السائدة في البيئات الإسلامية فيما يتعلق بأنماط التعامل وأشكال التعاقد. لكن ذلك التفسير لا ينال من القضية الأساسية وهي إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القوانين الغربية في مجال المعاملات . ومن الواضح أن نقل مثل هذه المصطلحات إلي اللغة اللاتينية التي كانت هي لغة القوانين في العصور الوسطي دليل قوي علي ثبات هذا التأثير ، بل يدل علي ماوراءه من احتمال النقل لكثير من الأحكام المتعلقة بالمعاملات التجارية والمدنية . ولعل هذا هو السبب فيما نلمحه الآن من أوجه التشابه العميقة بين نظريات العقد والحق والتعسف في استعماله ووسائل توثيقه في كل من الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الأوربية الأصل المعمول بها في البلاد الإسلامية ، ولعل هذا التشابه كذلك من الأمور التي يسرت استقبال هذه القوانين في البداية ، وهو الذي ييسر إجراء المقارنة بين الفقه

(1) An Introduction to Lslamic Law, P. 78

الإسلامي وتلك القوانين .

ولا أكتفي في إثبات أوجه التأثير الفقهي علي القوانين الغربية بمجرد تقديم بعض أمثلة التشابه ، وإنما يلزم التعرض للصلات التاريخية حتي يمكن إثبات قضية التأثير والتأثير وهذا هو ما أبدأ به

٢- الصلات التاريخية :

تتنوع الصلات التاريخية بين العالمين الإسلامي والغربي عبر محاور عديدة ، من بينها :

١- استقرار المسلمين بالأندلس ثمانية قرون منذ أن دخلتها جيوشهم عام ٩٢هـ ولا شك أن المسلمين قاموا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذه البلاد التي استقروا فيها ، كما قاموا بتدريس هذه الأحكام في معاهدهم العلمية التي كان يؤمها طلاب العلم من أنحاء أوربا . وسيطر الإعجاب بالعلم العربي وبالثقافة العربية في القرن التاسع الميلادي . ولذا يشكو أحد الكتاب المسيحيين في هذا القرن من انكباب الشباب علي دراسة اللغة العربية وكتب فقهاء المسلمين وفلاسفتهم لا لينقدوها بل ليتعلموا منها ، وانتهي بهم الأمر إلي عدم الإقبال علي قراءة الكتب الدينية المسيحية (١) .

ويشير عبدالله حسين الذي جمع بين دراسة القانون الفرنسي في السوربون والفقه في كلية الشريعة بالأزهر إلي تأثير الأندلس في تيسير تأثير الفقه الإسلامي في أوربا بقوله : « ليس الأخذ من مذهب الإمام مالك وليد سنة ١٨٠٥ ، بل منذ سنة ٢٠٠ من الهجرة ، يوم كان يحكم به في أوربا ، وكان الأندلس منار العلم ، وكانت أوربا في جهالة عمياء ، يبيعون الإقطاعية بما عليها ومن عليها .. ووفد علي

---

(١) انظر : التشريع الإسلامى والنظم القانونية الوضعية ، دراسة مقارنة ، للدكتور عادل مصطفى بسيونى ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨ص ٢٢

الأندلس جميع سكان أوربا ، يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة » .

والحقيقة التاريخية التي لاخلاف عليها أن أوربا قد بدأت تعرفها علي الفقه الإسلامي وأحكامه في الأندلس وما حولها ، حيث كان يطبق فيها ويدرس في معاهدها ووجدت الدوافع لديهم للتعرف علي أحكامه ، لترقيه وفضله علي ماكان عندهم من نظم وللالتزام بأحكامه في البلاد التي امتدت إليها الدولة الإسلامية هناك ولأنه يمثل القانون الخاص بالحضارة المسيطرة آنذاك .

٢- الحروب الصليبية التي أذكت الاتصال والصراع بين الفريقين في جميع المجالات . ومن المؤكد أن هذه الجيوش التي جاءت إلي الشرق الإسلامي قد عادت إلي بلادها محملة بنوع من الفهم للفقه الإسلامي . وسنري أنهم تأثروا بأحكام هذا الفقه وفرضوا في بلادهم قوانين بعناوين إسلامية . وفي تقدير البعض أن هذا المحور لم يكن ذا فائدة كبيرة في تنشيط الاتصال العلمي والثقافي بين المسلمين والغرب «بسبب جهل جيوش الصليب وعدم مبالاتهم بالمعارف والعلوم(١) ». ومهما يكن من أمر فإن العلم بالقوانين أمر ممكن بدون تعمد الدراسة والاهتمام بالمعارف . وعلي القطع فإنهم كانوا مضطرين إلي ذلك في أحوال المعاهدات والتعامل مع المسلمين .

٣- النشاط التجاري الذي ازدهر في العصور الوسطي بين التجار المسلمين والتجار الأوربيين. وقد لعبت مراكز التجارة في إيطاليا دورا متقدما في إذكاء هذه العلاقة . ولعل هذا هو سبب تقدم التفكير القانوني في إيطاليا في العصور الوسطي إذا ماقورن بغيره من القوانين الأوربية . ولذا كان يجري التعامل بالسفاتج Bill

---

(٢) السابق ص ١٥

of Exchange في المدن التجارية الإيطالية في القرن الثالث عشر الميلادى علي حين لم تعرف انجلترا مثل هذا التعامل إلا في القرن السادس عشر . ويقوم التعامل في هذا النوع من الأوراق التجارية علي أساس التسليم بمفهوم نقل الالتزام الذي جهله القانون الروماني . ومعناه أن القوانين الغربية لم تعرف هذا التعامل القائم علي مفهوم الحوالة إلا من خلال أحكام الفقه الاسلامي . ويقوي هذا الافتراض نقل كلمة الحوالة إلي اللغة اللاتينية في العصور الوسطي طبقا لما أشير إليه .

٤- تطبيق السلطات الغربية لأحكام الفقه الإسلامي في البلاد الإسلامية التي احتلتها هذه السلطات . ومن ذلك قيام شركة الهند الشرقية بتعيين قضاة انجليز يقومون بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي بعد دخول هذه الشركة إلي الهند . ومن المنطقي أن يتعرف هؤلاء القضاة علي القانون الذي يطبقونه وأن يعودوا إلي بلادهم بهذه الخبرة التي قد تنتقل إلي نظامهم القانوني . وإنما يجري تعيين أحد دارسي الفقه الإسلامي إلي جوار القضاة الإنجليز في المحكمة لييسر لهم تحديد الحكم الفقهي المطلوب من المراجع الفقهية ، وفي الجزائر طبق القضاة الفرنسيون أحكام الفقه الإسلامي علي أسس تقترب مما تم في شبه القارة الهندية . وفي هذه الظروف عنيت انجلترا وفرنسا بترجمة عدد من الكتب الفقهية إلي اللغة الانجليزية والفرنسية ليتسر اطلاع القضاة علي النصوص الفقهية بأنفسهم .

٥- ترجمة كتب الفقه إلي اللغات الأوربية . نشطت حركة الترجمة من اللغة العربية إلي اللغة اللاتينية في القرن الحادي عشر الميلادي حتي القرن الرابع عشر . ومع ذلك فإن هذه الحركة انصبت علي المؤلفات العربية في العلوم والرياضيات والفلك، ولا توجد شواهد واضحة علي نقل أي من الكتب الفقهية إلي اللغة اللاتينية في هذه الفترة . لكن أواخر القرن الثامن عشر قد شهد ترجمة كتاب الهداية في الفقه الحنفي للمرغيناني إلي اللغة الانجليزية ؛ إذ أصدر Warren Hastings تعليماته إلي قاضي القضاة غلام يحيي خان بخاري بترجمة كتاب الهداية إلي اللغة الفارسية بمساعدة الشيخ تاج الدين خان بنجالي تمهيدا لنقل هذه الترجمة إلي اللغة

الإنجليزية ، حلا لمشكلة عدم وجود مترجم قادر علي نقل هذا الكتاب من اللغة العربية إلي اللغة الإنجليزية مباشرة ، وقد قام هاملتون بالفعل بترجمة بعض أجزاء هذا النص الفارسي للهداية ، وهو في لندن . وقد اعترف بعد أن طبعت الترجمة الانجليزية عام ١٧٩١ بوجود عدم من الأخطاء في عمله .

وفي أوائل القرن التاسع عشر قام Sir William بإشراف Jord Corwallir بترجمة الفتاوي السراجية للغة الإنجليزية . وفي عام ١٨٢٥م قام William Macanghton بجمع إجابات المستشارين القانونيين من دارسي الفقه الإسلامي علي أسئلة القضاة الانجليز الذين كانوا يتولون القضاء في هذه البلاد في هذه البلاد في مؤلف أسماه Principles and Precedents of Mohommadan Law.وكذلك فإن Neil Ballie قد أصدر عام١٨٥٠ ترجمة إنجليزية لكتاب البيوع من الفتاوي العالمكيرية تحت عنوان Law of Sale أو قانون البيع ، ثم أصدر سنة ١٨٥٢ ترجمة لجزء آخر من هذه الفتاوي يتعلق بضريبة الأرض أو الخراج والعشور تحت عنوان Land Tax in India . وقد نشر كذلك كتابا بعنوان مختارات من الفقه الإسلامي Digest of Mohom-madan Law ، ثم قام عام ١٨٧٤ بترجمة كتاب شرائع الإسلام الذي ألفه الحلي ، وهو كتاب في فقه الإمامية الاثني عشرية . وهناك علي وجه اليقين كتب أخري عديدة ترجمت إلي اللغة الانجليزية في الفترة ذاتها .

وتدل ترجمة هذا العدد من كتب الفقه الإسلامي إلي اللغة الإنجليزية بتشجيع من السلطات البريطانية بدءا من أواخر القرن الثامن عشر علي الهدف الأساسي من إصدار هذه الترجمات . ويتمثل هذا الهدف في تيسير اطلاع القضاة البريطانيين الذين عينتهم الشركة الشرقية Easten Company لإدارة العمل القضائي في الهند . وذلك أن هؤلاء القضاة، وقد تعلموا القانون الانجليزي ولم تكن لهم خبرة

بأحكام الفقه الإسلامي ، لم يكونوا قادرين علي استخراج الحكم من هذه المؤلفات في لغاتها الأصلية ، فعينت لهم السلطات البريطانية - أول الأمر - مستشارين قانونيين Legal Advisors من المتخصصين في الفقه الإسلامي، ثم شجعت صدور هذه الترجمات حتي يستغني القضاة أو يقل اعتمادهم علي معاونة هؤلاء المستشارين تمهيدا لاستقلالهم كما حدث فيما بعد. وأيا ماكان الأمر فقد أدي ظهور هذه الترجمات في النهاية إلي تمكين الدارسين للقانون الإنجليزي من الاطلاع علي أحكام الفقه الإسلامي في لغته الأصلية . ومن الواضح أن هؤلاء الذين تتملكهم الرغبة في العمل لدي الشركة الشرقية في الوظائف القضائية كانوا يجدون دافعا عمليا للاطلاع علي بعض هذه الترجمات ، وهو الذي يكشف عنه قيام Almaric Rumsy بإصدار طبعتين من الترجمة الانجليزية لكتاب الفتاوي السراجية في الربع الأول من القرن التاسع عشر.

والخلاصة أن الصلة التاريخية بين المجتمعات الإسلامية والمجتمعات الغربية لم تتوقف أبدا عبر التاريخ . ومن جهة أخري فقد وجدت الدواعي للتعرف علي الفقه الإسلامي ودراسته وترجمة نصوصه قبل العصر الحديث وهو ما يرشح لإمكان تأثير هذا الفقه في القوانين الغربية ، وخاصة في تلك المفاهيم التي لم يعرفها القانون الروماني ، وهو أهم مصادر التفكير القانوني في الغرب في العصور الوسطي .

وأنتقل فيما يلي إلي إثبات بعض أوجه الشبه بين الفقه الإسلامي وكل من القانون الأسباني والقانون الانجليزي والقانون الفرنسي .

٣- بين الفقه الإسلامي والقانون الأسباني :

يعترف عدد من مؤرخي القانون الأسباني بتأثير الشريعة الإسلامي والفكر الفقهي الإسلامي في هذا القانون. ويستدلون لذلك بانتقال عدد من مصطلحات هذا

الفقه ومفاهيمه إلي اللغة الأسبانية. من ذلك Zal Madima بمعني حاكم المدينة Sahib Exxorto أو صـــاحب الشـــرطة و Aduanas أو الدائرة الجمـركيـة وTarifas التعريفة و Sahib Wali والمظالم .

وقد عرف القانون الأسباني نظام المضاربة Commandite . وبعد عقد المزارعة الفقهي من العقود التي تأثر بها القانون الأسباني كذلك ، ويختلف النظام الذي يفرضه هذا العقد عن نظام الإقطاع السائد في أوربا ، حيث كان الفلاحون أقنانا مرتبطين بالأرض ، وإنما بدأ انهيار نظام الأقنان ابتداء من القرن الثاني عشر . وكان تخليص السلطة الأبوية من القسوة التي كانت تتصف بها في القانون الروماني بفضل مبادىء الشريعة الإسلامية طبقا لما قرره Ur'ena ، وأعطي الأب الحق في الإشـراف علي أمـوال أولاده علي حين أعطي حق الحضـانة للأم لأنهـا أقـدر علي متابعتهم والإشراف عليهم . وقد أشار إلي تأثير الشريعة الإسلامية في تطور السلطة الأبوية علي هذا النحو أحد أشهر علماء القانون الأسباني، وهو Altamira . ويتضح تأثير الفقه الإسلامي في القانون الأسباني في تطوير مبدأ الفصل بين ذمة الزوجين ، وإعطاء الزوجة الحق في إدارة أموالها ، وكان القانون السائد في أسبانيا قبل الفتح الإسلامي يأخذ بنظام الذمة المشتركة للزوجين ، وطبقا لهذا فإن للزوجة حقاً في الأموال التي يكسبها الزوج في فترة الزواج ، ولا تستطيع الزوجة التصرف فيما ترثه من أحد قاربها إلا بموافقة زوجها . وفي تقدير Altamira أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التطور الخاص بالفصل بين ذمة الزوجين في القانون الأسباني .

وفي الميراث قضت الأعراف السائدة في قشتالة بأن المريض مرض الموت لاحق له في الوصية بأكثر من الخمس . ويتفق هذا مع اعتبار تبرعات المريض في الفقه الإسلامي من قبيل الوصية التي لا تجاوز الثلث إلا بإذن الورثة . وإذ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الأسباني في هذه الأوجه مع ثبوت الصلة التاريخية فلا مجال

للتردد في إثبات تأثير الفقه الإسلامي في هذا القانون [١] .

٤- الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي :

إذا ثبتت الصلات التاريخية بين التفكيرين الفقهي والقانوني الغربي فإنه يمكن القول بوجود تأثير للفقه الإسلامي علي القانون الفرنسي إذا ثبت التشابه بينهما في عدد من النظم والمفاهيم القانونية التي لم تشتمل عليها مصادر هذا القانون ، وهي الأعراف والقانون الروماني .

ويتلمس المرء هذا التشابه في مبادىء الإصلاح التي دعا إليها سيزاوي بيكاريا في كتابه الجرائم والعقوبات الذي ألفه سنة ١٧٦٤م والتي نقلت القوانين الجنائية الغربية من ظلام العصور الوسطي . ذلك أنه قد دعا في هذا الكتاب إلي مبدأ شخصية المسئولية وأن كل إنسان مسئول عن فعله هو لا عن فعل غيره ، وهو المبدأ الذي قررته النصوص الشرعية في قوله تعالي (ولا تزر وازرة وزر أخرى[٢]). وقد قرر Beccaria مبدأ آخر هو حجر الزواية في التفكير الجنائي الحديث ، وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأنه لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص . ويتضح وعي الفقهاء المسلمين بهذا المبدأ من تعريف الماوردي للجريمة بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير . ومعناه أن الجريمة لا تكون كذلك إلا إذا كان الفعل مما حرمه الشارع ومنع من فعله بالعقاب عليه عقوبة مقدرة أو غير مقدرة . وطبقا لذلك فإن الفعل الذي حرمه الشارع ولم يعاقب عليه لا يكون جريمة . ويستنبط بعض الفقهاء هذا المبدأ من قوله تعالي (وما كنا معذبين حتي نبعث رسولا[٣]). وقد أعطي

---

(١) التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية ، المجلد الأول ، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوربية للدكتور عادل مصطفى بسيونى ص ٨٥ ومابعدها .

(٢) الإسراء ، آية : ١٥

(٣) الإسراء : ١٥

الفقهاء للحاكم والقاضي سلطة تقديرية لاختيار العقوبة الواجبة في إطارالسياسة الشرعية، ولكن في حدود مبدأ التناسب بين الجرائم والعقوبات وعدم الزيادة علي الحد والمصلحة والردع بما يضمن التقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . وليس في ذهني الوصول إلي أن الفقهاء أو المفكرين القانونيين قد وضعوا الضمانات النهائية الكفيلة بعدم الخروج علي مبدأ الشرعية في الجرائم والعقوبات وإنما قصدت إلي أن دعوة بيكاريا إلي مبدأ الشرعية وشخصية المسئولية مما يشبه إلي حد كبير سعي التفكير الفقهي إلي ذلك .

وتفرق النصوص الشرعية بين مسئولية المجنون و المميز . وتقرر السنة بعبارة واضحة لا ليس فيها أن القلم مرفوع عن المجنون حتي يعقل وأنه ليس مكلفا بالخطاب الشرعي ، ولذا لا يعد مسئولا عما يرتكبه من أفعال . وهذا التحديد الواضح للفرق بين المسئولية الجنائية لكامل العقل ومختله لم تعرفه أوربا إلا في القرنين الأخيرين ، بل إن المدرسة الجنائية التقليدية التي أرسي أسسها بيكاريا في فرنسا لم تعرف هذا التفريق . وكانت المدرسة التقليدية الجديدة Neo Classi-cal School بزعامة إيمانويل كانط Kant (ت١٨٠٤م) هي التي دعت إلي وجوب التفريق بين مسئولية المريض العقلي وكامل الإدراك ، وإن أنفقت القوانين الجنائية الغربية ما يقرب من نصف قرن بعد ذلك قبل أن تتبني نهائيا هذا التفريق .

ومن جهة أخري فإن القوانين الغربية لم تكن تفرق بين الصغير والكبير في المسئولية الجنائية ، وكانت الشريعة الإسلامية كما يلاحظ عبد القادر عودة هي أول شريعة في العالم ميزت بين الصغير والكبير تمييزا كاملاً . ولذا انتهي القانون الفرنسي والإنجليزي وغيرهما إلي هذا التفريق في العصر الحديث . وينبغي أن أشير إلي اعترف John Brigge في كتابه :- The Guilty Mind Psychi-atry and the Law of Homicide بأن الفقه الإسلامي هو مصدر

القوانين الغربية في التفريق بين مسئولية الصحيح العقل والمجنون ومن في حكمه ، وأن أوربا قد احتاجت إلي عدة قرون قبل أن تصل إلي هذا التفريق في جرائم القتل [١] .

أما في مجال المعاملات والعقود التجارية والأمور المدنية فيتضح التشابه بين الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي علي نحو أوسع مدي . يكشف عن ذلك سيد عبد الله علي حسين في كتابه « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدينة والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك رضي الله عليه ». والنتيجة التي يقررها هذا الباحث أن مايقرب من تسعة أعشار نصوص القانون الفرنسي مشابهة لأحكام الفقه الإسلامي. ومن الأمثلة الجزئية التي يذكرها لهذا الاتفاق أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب والقبول فقط ، وتنتقل الملكية للمشتري بذلك. ,وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل. وأن البلوغ القانوني حده ١٨ سنة. وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الاهلية لا يلتزم برد ماقبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به وصان ماله ، وإلا فلا رجوع عليه، لأن من تعاقد معه هو الذي سلطه علي ماله فهو المفرط. وأن موت أحد العاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا في العقد كالشركة والوكالة وإيجارة العمل . وأن أداء ماليس بواجب يلزم من أخذ برد أخذ [٢] ».

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي في النظر إلي الأهلية وأركان العقد والنظر فيه إلي توافر معني الرضا وإلغاء المعايير الشكلية التي تبناها القانون الروماني في إنشاء العقود . ويتفقان كذلك في تقيد التبرع بالوصية أو الهبة منعا من الإضرار بالورثة ، ويتقيد هذا الحق في القانون الفرنسي بالربع إن ترك المورث

---

(1) The Pakistani Penal Code By Hasan Suhail Angam, PP 49-50

(٢) المقارنات التشريعية ١/١٩

أكثر من ولد و بالثلث إن ترك ولدا واحدا . أما الفقه فيقيد الوصية بالثلث .

والخلاصة أن أوجه الشبه كثيرة ، فاذا أضفنا لذلك قيام الصلة التاريخية لم يكن هناك أدني مبالغة في افتراض تأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي .

٥- الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي :

لا يختلف الحال كذلك في القانون الإنجليزي ، ولعل الأدلة التالية أن توضح لنا تأثير الفقه الإسلامي في هذا القانون .

أ- قانون صلاح الدين للعشور Saladin Tithe Act :

أشار هولدز ورث إشارة عابرة في مؤلفه الضخم AHistory of Eng-lishLaw إلي أن هنري الأول قدسَّ قانونا في انجلترا عام ١١٨٨م بهذا العنوان المذكور . ويعد هذا القانون من أوائل التشريعات المتعلقة بفرض الضرائب علي الممتلكات الشخصية عن طريق التحقق من هذه الممتلكات بالرجوع إلي جيران الشخص للسؤال عن حقيقة وضعه المالي [١] . وتطلق كلمة Tithe بوجه العموم في القانون الإنجليزي علي معني العشر الذي يدفعه الشخص من دخله الكلي في أوجه الخير بنفسه أو للدولة كي تتولي إنفاق هذا القدر في هذه الأوجه . وتقابل كلمة Tither كلمة العاشر في الاصطلاح الفقهي ، حسبما يدل عليه المفهوم المحدد لهذه الكلمة في معجم Blackstone . وإذا كان صلاح الدين الأيوبي قد ولد في عام ٥٣٢هـ ١١٣٨م وتوفي عام ٥٨٩-١١٩٣م فإن إطلاق اسمه عنوانا علي هذا القانون يدل علي أنه لم يكن هناك إحساس اجتماعي بوجوب إخفاء اقتباس بعض أحكام الفقه الرسلامي أو النفور منه ، وأن المجتمع الإنجليزي والمشتغلين بالقضاء والعمل القانوني كانوا مُسلمين بتفوق التشريع الإسلامي وفوائد الاقتباس منه والأخذ عنه . ويبدو أن هذا كان أمرا مسلما به من الطبقة الحاكمة والجمهور علي السواء .

---

(1) Holdsworth , AHistory of English Law , Vol 2 P.197

وعلي الرغم من اختلاف مفهوم العشر في الفقه الإسلامي عنه في القانون الإنجليزي الذي سنه هنري الأول فإن اتخاذ اسم صلاح الدين عنوانا لهذا القانون لم يكن عبثا . ولعلنا أمام مثال للنقل عن مصدر أسيء فهمه إلي حد ما ليتلاءم الحكم المراد نقله مع ظروف الناقل . ومن الناحية التاريخية فقد كان عمر من الخطاب هو أول من أمر بوضع العشارين في طرق التجارة لأخذ العشر أو بعضه من التجار المارين علي هذه الطرق . ومن المنطقي ألا يشغل واضعو قانون العشور في انجلترا أنفسهم بالتحري عن النسبة الحقيقة لهذا القانون وأن يعودوا به إلي صلاح الدين الذي ملك عليهم أنفسهم .

وينبغي تقدير قيمة وجود مثل هذا القانون المسنون في الدلالة علي وجود الاستعداد في انجلترا للأخذ ببعض أحكام الفقه الإسلامي إذا عرفنا طبيعة النظام القانوني الإنجليزي واعتماده علي السوابق القضائية المستندة إلي الأعراف المقبولة من الناس . غير أن الذين وضعوا هذا القانون قد أدركوا أن القضاء والأعراف لا يمكنهما النهوض بالأهداف التي أرادها المقنن فاتجه إلي مثل هذا الاقتباس .

ب - نقل الدين :

لم يعرف القانون الروماني مفهوم نقل الالتزام أو الديون بين الأحياء حتي في أرقي مراحل تطوره ، وإنما كان الفقه الإسلامي هو الذي عبر عن هذا المفهوم بوضوح بالغ يرجع الفضل فيه إلي السنة النبوية طبقا لما روي من قوله صلي الله عليه وسلم « لي الوجد ظلم .. وإذا أحيل أحدكم علي مليء فليتبع » ومعناه أن مماطلة القادر علي الوفاء ظلم للدائن يوجب العقوبة ، وعلي الدائن واجب تيسير وفاء المدين دينه ؛ فإذا أراد المدين نقل الدين من ذمته إلي ذمة شخص آخر قادر علي الوفاء فعلي الدائن قبول هذا النقل أو الحوالة . وبهذا فإن السنة النبوية هي التي شرعت الحوالة أونقل الدين من ذمة المدين إلي ذمة غيره ، وتختلف الحوالة عن الكفالة في أن الكفالة ضم ذمة إلي أخري في المطالبة بالدين وتحمله . أما الحوالة فليست ضم ذمة إلي

أخـري وإنما هي نقل الدين من ذمـة إلي أخـري . ولم تظهـر الحـوالة في القـانون الروماني لسيادة النظر إلي الديون والالتزامات في هذا القانون علي أنهـا عـلاقـات شخصية بين الدائن والمدين . أما الفقه الإسلامي فقد نظر إلي هذه العلاقة باعتبارها علاقة مـادية موضوعية مـحلها الدين أو الالتزام نفسـه ، وبناء علي ذلك جاز نقل هذا الالتزام وحوالته .

وقد تأثرت القوانين الغربيـة في العصـور الوسطي بنظرة القانون الروماني إلي الالتزام فعجزت عن الأخذ بمفهوم الحوالة ، واستمر النظر إلي العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين في الالتزام. ولم يبدأ النظر في هذه القوانين إلي اعتبار الالتزام علاقة مادية موضوعية حتي تجوز حوالته ونقله من ذمة لأخري إلا عـام ١٨٥٣ في ألمانيا، حيث دعاده دلبروك Delbriuk إلي شيء من هذا [١] غير أن التفكير القانوني الغربي قد اضطر في العصور الوسطي إلي قبول عدد من المفاهيم القانونية المتفرعة عن الحـوالة دون أن يسلم بهـا في ذاتهـا. ومن ذلك قـبـول التـعـامـل بالصكوك Cheque والسفتجة Ibill of Exchange للذين يقوم التعامل فيهما علي أساس النيابة عن الغير في قضاء الالتزام، وهو مفاد الحوالة. وهكذا فقد ضحي التـفكيـر القـانوني في هذه الأثناء بالتناسق المنهجي لتلبيـة الحـاجـات والمصالح الاجتماعية

توضـيحـه أن الصك عبارة عن أمر من المدين لآخر بالوفـاء بمقـدار مـبين من النقـود؛ وبهـذا فإن الآمر يحيل الدائن إلي طرف ثالث هو المحـال عليـه أو المسحوب عليه . وتفسر هذه العلاقة علي أفضل وجه في إطار نظام الحوالة الفقهي . وكذا فإن السفتجة هي الأخري أمر من المحرر لغيره بالوفاء بمقدار معين من النقود ، وغالبا ما يكون الآمر في بلد غير البلد التي يدفع فيـها المأمور هذا المقدار . وهكذا فإنه إذا أراد تاجر في العراق تحرير سفـتجة لتاجر في القـاهرة أمكنه الاتفاق مع بنك في

(١) حوالة الدين للدكتور عبد الودود يحيى ص ٣٦ .

العراق علي هذا ، ويدفع العميل قيمة السفتجة لبنك العراق الذي يحررها له ، ويكلف هذا البنك بنكا مراسلا له في القاهرة بدفع قيمة السفتجة للتاجر القاهري أو لمن يحدده له هذا العميل. وبهذا فإن السفتجة وسيلة نقل النقود والوفاء بالالتزام في الأماكن المبتاعدة ، وهي تعني في اللغة العربية الشيء المحكم الدقيق. وكانوا يقولون كتبه سفاتج أي محكمة مقبولة معتمدة . وقد عرف المسلمون التعامل بالسفاتج منذ القرن الأول لاعتراف الفقه الإسلامي بنظام الحوالة مع بداية تطور هذا الفقه ، علي حين لم يظهر التعامل بها في إيطاليا إلا في القرن الثالث عشر وفي انجلترا إلا في القرن السادس عشر . ولذا يتجه كثير من مؤرخي القوانين الغربية إلي الاعتقاد بأن التعامل بالسفاتج Bill of Exehange مدين بوجوده للتفكير الفقهي الإسلامي . ويشك عدد آخر من الباحثين الغربين في هذه المقولة، ويرون أن التعامل بالسفاتج في الغرب إنما استحدثه التجار أنفسهم للاعتبارات العملية التي أوجبت التعامل بها في المجتمعات الإسلامية . وما أود أن أشير إليه أن استقلال التفكير القانوني الغربي في التعامل بالسفاتج كان يمكن قبوله لولا هذه الحجج الإيجابية التي تثبت التأثر بالفقه الإسلامي في هذا الصدد .

وأولي هذه الحجج أن كلمة صك طبقا لما كشف عنه يوسف شاخت وغيره قد انتقلت إلي اللغة اللاتينية في العصور الوسطي ، ثم تسربت إلي اللغات الأوربية المختلفة لأهميتها البالغة في المعاملات التجارية . ولم تفقد هذه الكلمة أهميتها حتي الآن . ومن جهة أخري فقد انتقلت كلمة حوالة إلي اللغة اللاتينية كذلك بمعناها المحدد لها طبقا لما يذكره يوسف شاخت أيضا . ويعجز أصحاب الرأي القاضي بعدم تأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي في التعامل بالسفاتج والصكوك عن تقديم تفسير مقبول لأسباب نقل هذه المصطلحات إلي اللغة اللاتينية واللغات الأوربية . والأقرب إلي المنطق أن وجود هذه المصطلحات الفقهية في اللغات الأوربية إنما يدل علي

استشعار الحاجة العملية لها والرغبة في الأخذ بمفاهيمها .

جـ المضاربة :

عرفت القوانين الغربية في العصور الوسطي عقد المضاربة Commenda تأثرا بأحكام الفقه الإسلامي . وتعريف هذا العقد في القانون التجاري أنه هو الاتفاق علي دفع المال إلي الغير لاستثماره . ولا يختلف هذا التعريف عن نظيره الفقهي . وقد أمدت المضاربة بمفهومها الفقهي القانون الإنجليزي والقوانين الغربية بحيوية بالغة في استثمار الأموال وتجميعها في ظروف حاجة التجارة المتنامية إلي ذلك . وقد قامت المضاربة بهذا الدور نفسه في المجتمعات الإسلامية ويسرت قيادة هذه المجتمعات للنشاط التجاري العالمي ، ويجب أن نفهم الصلة بين المضاربة الفقهية وبين القدرة علي تجميع الأموال الضخمة في الشركات الكبري التي تقود النشاط الاقتصادي والتجاري في العالم الآن ، وقد اعترف عدد من الباحثين الغربيين بالصلة بين معرفة الغرب بالمضاربة وبين نشأة المؤسسات المالية الضخمة طبقا لما ناقشته في بحث آخر (١) .

د - القواعد الفقهية Legal Maxims :

القاعدة في اللغة هي الأساس ، ومنه قوله تعالي : (وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل) .وتطلق بمعني الضابط الذي ينطبق علي الجزئيات . أما في اصطلاح الفقهاء فهي حكم عام يصدق علي جميع جزئياته المندرجة تحته ، وذلك كقولهم : الأمور بمقاصدها والضرر يزال ويرفع .

ويلفت النظر هذا التشابه بين منطوق عدد من القواعد الفقهية الأساسية وبين نظيرها المسمي Legal Maxims في القانون الإنجليزي . وترجع نشأة هذه

---

(١) - النظام المصرفى الإسلامى للمؤلف .

القواعد في هذا القانون إلي القرن الرابع عشر الميلادي حين تشكلت محاكم العدالة إلي جوار المحاكم العادية لتخفيف المشاق الناجمة عن تطبيق قواعد القانون العرفي . ومن المحتمل أن قضاة محاكم العدالة قد تأثروا بالفقه الإسلامي في كثير من المبادىء التي خالفوا فيها القانون المطبق في المحاكم العادية، وهو القانون العرفي Common Law . من هذه المبادىء الحكم بأن التبرع لا يتم إلا بالقبض حتي لو استكمل المتبرع الإجراءات الشكلية : فالتعهد بإقراض شخص، حتي ولو كان مكتوبا في سند لا يلزم المتعهد بالوفاء بالقرض أمام محاكم العدالة خلافاً للمحاكم العادية التي وجب عليها تطبيق القانون العرفي . وكذلك ارتفعت أهلية الزوجة أمام محاكم العدالة وأصبح لها حق التصرف في أموالها بعد أن كانت طبقا للعرف السائد في ولاية الزوج وتحت تصرفه المطلق ، وهذان الحكمان موافقان لما في الفقه الإسلامي .

وأكتفي بالإشارة إلي بعض القواعد المتشابهة في الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي

قاعدة المصلحة : وصل الفقهاء المسلمون إلي أن المصالح الاجتماعية هي أساس الأحكام الشرعية ، وفي هذا يقول ابن القيم : « حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله ». وعبر الفقهاء عن تقديمهم للمصلحة العامة علي الخاصة في عدد من القواعد التي تفيد هذا المعني . وهذا هو ما صار إليه الأمر في القانون الانجليزي بهذه القاعدة POUPULI EST AUPREMA LES .[1] أو Regard For Public Welfare isthe highest Law ومعني هذه القاعدة أن القانون يقدم المصلحة العامة علي ماسواها من المصالح ، ويلفت النظر كذلك تطبيق هذه القاعدة في الفقه والقانون في موضوعات متقاربة . ومن ذلك الاستناد إليها في الحكم بجواز مصادرة الأراضي المملوكة للخاصة إذا

---

(1) Broom , Legal Maxims P. 207

اقتضت ذلك مصلحة عامة كإنشاء طريق أو توسعه طريق قائم مع اشتراط تعويض صاحبها بدفع الثمن الذي يقدره الخبراء لهذه الأراضي . وكان تقديم الصلحة العامة علي الخاصة هو الأساس الذي بني عليه الفقه والقانون جواز التوظيف في أموال لأغنياء وفرض الضرائب عليهم . وفي هذا جاء تعبير الغزالي و Broom بلغة واحدة .

ويتفرع عن قاعدة رعاية المصالح قاعدة الضرورات تبيح المخطورات . وقد جاء التعبير عن هذا المفهوم في القانون الإنجليزي بقاعدة مشابهة ، ولفظها Necessi-ty gives a privilege as to private rights ، ويقترب معناها من أن الضرورات تبيح ماهو من قبيل الحقوق الخاصة . ومن تطبيقات هذه القاعدة في الفقه والقانون شرع مبدأ الدفاع عن النفس أو العرض أو المال المعروف في الفقه الإسلامي بدفع الصائل .

- قاعدة رفع الضرر : تستند القاعدة الفقهية القاضية بأن « الضرر يزال » إلي ما يروي من قوله صلي الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار ». ويفيد كل من الحديث والقاعدة أن الضرر الذي يتسبب أحد في حدوثه لغيره في نفسه أو ماله يجب العمل علي إزالته ورفعه ، سواء بتعويض المتضرر أو أهله إن تسبب هذا الضرر في موته . ولو تمثل الضرر في إنشاء عائق أو فرن أو دكان حداد يؤذي الجيران بدخانه فإن إزالة الضرر لا تتحقق إلا برفع العائق والفرن والدكان . ولا تخرج صياغة هذه القاعدة وتطبيقاتها في القانون الإنجليزي ولفظها:

UBI JUS There is no Wrong without remedy
(1) أو IBI REMEDIUM

ومعناها أن الضرر يزال. وقد لعبت هذه القاعدة دورا هاما في تطوير القانون الإنجليزي حيث صدر عام ١٢٨٥م قانون وستمنستر الثاني الذي أجاز للمحاكم قبول

(١) السابق ص ٥٥٢

أي دعوي تتضمن المطالبة برفع الضرر ، ولو لم تستند إلي سابقة بعينها من السوابق القضائية . وقد أدي ذلك إلي قبول المحاكم لكثير من القضايا في موضوعات الغصب والإتلاف والإيذاء بعد أن كان يشترط لقبولها أن تقع في حدود نماذج الدعاوي المكتوبة .

وترجع كثير من الأحكام الفقهية والقانونية إلي هذه القاعدة . ومن ذلك في الفقه الحكم بالرد بالعيب والحجر علي المكاري المفلس والطبيب الجاهل والحق في الشفعة لدفع ضرر القسمة . ومن أهم ما يبني علي هذه القاعدة في الفقه والقانون الإنجليزي الحكم بضمان ما يتسبب المرء بفعله من أضرار تقع للغير، سواء نشأ هذه الضرر بمخالفة العقد Breach of Cantract أو بالفعل الضار Tort كحفر حفرة في الطريق العام يقع فيها شخص فيصاب نتيجة ذلك ، حيث يكون الضمان علي الحافر .

- قاعدة الأمور بمقاصدها بمعني أن الحكم الذي يترتب علي أمر يكون علي مقتضي المقصود من هذه القاعدة ، طبقا لما جاء في المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية . ولذا لو قتل متعمدا فالقصاص هو الواجب ، وإذا كان القتل خطا فالدية هي الواجبة . ولو نصب شبكة لتجفيفها فأصابت صيدا كان الصيد لمن سبقت يده عليه ولو نصبها للصيد بها فما يقع فيها يكون ملكا له ، ولا يحق لأحد أن يأخذه . والقاعدة المماثلة في القانون الإنجليزي لذلك هي ACTUS NON FACIT REUM NISI MENS SITREA أو An act is Judged by ist object [1]. ولا يزيد لفظ القاعدة الانجليزية عن كونه ترجمة للقاعدة الفقهية .

ويتفرع عن هذه القاعدة في الفقه والقانون الانجليزي قاعدة أخري مؤداها طبقا لما جاء في المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية أن « العبرة في العقود بالقصود

(١) . السابق ص ٦٢٣

والمعاني لا بالألفاظ والمباني » ، ويلزم لهذا تفسير عبارات المتعاقدين بالرجوع إلي مقصودهما ؛ فلو اتفقا علي هبة مع اشتراط الثواب ، كأن يهبه سيارة في مقابل منزل ، كان العقد عقد بيع . وقد جاءت هذه القاعدة في القانون الإنجليزي علي النحو التالي QUI HERET IN LITER HERETIN CORTICE أو He who Considers merely the letter of an instrument goes but skin deep in its meaning (1)

- قاعدة منافاة الإذن للضمان : مفاد هذه القاعدة أن من فعل فعلا مأذونا فيه كالسير في الشارع أو قيادة السيارة فيه لم يجب الضمان بما ينشأ من ضرر بهذا . ولا يجب الضمان كذلك لوسقي أرضه سقيا معتادا وتسرب الماء إلي أرض جاره علي نحو أدي إلي إتلاف زروع هذا الجار ، لأنه مأذون له شرعا في سقي أرضه . وكذا لو أجري الطبيب جراحة في حدود ما تقضي به الصنعة ورسوم المهنة مع موافقة المريض ، وإنما ذلك لأن الطبيب مأذون له شرعا في إجراء هذه العملية . وتشبه هذه القاعدة في لفظها لفظ قاعدة القانون الإنجليزي VOLENTI NONFIT TNJUIA أو Damage suferred by Consent is not a cuse of action (2) ولا تترجم هذه القاعدة للعربية بلفظ أدل عليها من القاعدة الفقهية المذكورة .

- قاعدة العادة محكمة : تعمل هذه القاعدة في مجالات فقهية كثيرة ، حتي كانت إحدي القواعد الأساسية الخمس أوالست في الفقه الإسلامي . وتتفرع عنها قواعد تفصيلية عديدة ، مثل قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا . ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا اشتري التاجر شيئا من سوقه دون الاتفاق علي تأجيل الثمن أو تعجيله ، وكانت العادة أن يأخذ البائع الثمن في نهاية الأسبوع أو الشهر وجب علي

---

(١) السابق .
(٢) السابق ص ٥٧٢

التاجر أن يدفع الثمن وفق هذه العادة. ويوجد في القانون الإنجليزي ما يقابل هاتين القاعدتين؛ فالأولى يقابلها OPTIMUS INERPRES RERUM أو USUS Usage is the best interpreter of things[1]

أما القاعدة الأخرى فيقابلها -INCONTRACTIS ACITE IN SUNT QUOSNT MORIS ET CONSETUDINIS أو Terms which are in accordance with and warranted by custon and usage may in some cases be tacitly imported into contracts[2] .

وتتفق هاتان القاعدتان مع نظرتيهما في الفقه الإسلامي .

- قاعدة مالايمكن الاحتراز عنه لاضمان فيه : تفيد هذه القاعدة أن ما يفعله الإنسان رغما عنه لا يوجب الضمان أو المسئولية . ولذا لا يضمن ملاح السفينة فيما ذكره الفقهاء لو اضطربت الأمواج وثارت الرياح علي نحو أدي إلي انقلاب السفينة وضياع المنقول ، وإنما لم يجب عليه الضمان لأنه لم يكن يستطيع تجنب ماحدث فينتفي ركن الخطأ. ويعبر القانون الإنجليزي عن ذلك بقاعدة لا تبعد كثير عن الترجمة المقبولة للقاعدة الفقهية ، وهي : INJURIAM ACTUS DEI أو أنها NEMINI FACTI The law holds no one responsi-ble for the act of god. والترجمة الحرفية لهذه القاعدة أنه « لا ضمان علي الفعل الذي ينسب إلي الله »[٣] .

- قاعدة الخراج بالضمان : معني هذه القاعدة أن الغنم بالغرم وأن الشخص التي يتحمل مسئولية هلاك الشيء هو وحده الذي يستحق ثمرته وفائدته . ولذا لو باع أحد حيوانا معيبا فرده لمشتريه بعد قبضه والا نتفاع به فترة لم يطالب بأجرته في

---

(١) Broom , A Selection of Legal Maxims P. 151

(٢) السابق

(٣) السابق ص ٥٧٢١

هذه الفترة ، لأنه منفعته لمشتري قبل رده للبائع ؛ حيث إنه لو كان هلك لهلك علي حسابه فلا يطالب بشيء في مقابل هذا الانتفاع . ويتفرع عن هذه القاعدة كذلك قاعدة الغرم بالغنم ومعناها كما جاء في المادة ٨٧ من مجلة الأحكام العدلية أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره ، ولذا لو ضعف جدار أحد ومال إلي الشارع فإن صاحبه يجبر علي تقويته أو إزالته . ولا يلزم جماعة المسلمين الإنفاق علي الحائط في ذلك لاختصاص مالكه بمنفعته فيختص بغرامته . وكذا لو وجد شخص لقطة ، واضطر الملتقط إلي الإنفاق عليها في الحمل والحفظ كان هذا كله علي ما لكها ويلزمه الوفاء للملتقط بما غرمه ، لأن المالك هو المنتفع بمكه فيغرم النفقة عليه . وفي القانون الإنجليزي هذه القاعدة بعينها ، ولفظها : QUI SENTIT COMMO-DUM SENTIRDEBET Et OUSO(1) أو He who de-rives the Adunatage Ought to sustain the damage.

ولعله قد اتضح أن ملامح هذا التشابه بين هذا العدد من القواعد الفقهية والقانونية التي تمثل أهم قواعد الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي فيما يلي :

١- قوة التشابه بين القاعدتين الفقهية والقانونية لا في المعني وحده ، بل في اللفظ كذلك حتي ليخال المرء أحيانا أن القاعدة الموجودة في القانون الإنجليزي لا تزيد عن كونها ترجمة دقيقة للقاعدة الفقهية

٢- تنوع التشابه وتعلقه بعدد من القواعد الأساسية في الفقه والقانون إلي جانب عدد من القواعد الفرعية المترتبة علي هذه القواعد الأساسية والمنحصرة في عدد متقارب في الفقه والقانون الانجليزي علي السواء .

٣- يؤكد التشابه في القواعد علاقة التأثير ، إذا يفترض أن تترتب هذه القواعد علي الفروع والجزئيات وترتبط بها. ولذا فإن لهذا التشابه في القواعد دلالته علي وجود العديد من مظاهر التشابه بين الفقه والقانون في الفروع كذلك .

(١) السابق ص ١٥١

٦- القانون الكنسي :

يتناول هذا القانون الذي كان يعد قانون كنيسة روما . أحكام العلاقات المدنية . ويستمد هذا القانون أحكامه من أخلاق الدين المسيحي ومن القرارات البابوية وأحكام المجامع الكنسية وتقاليد الكنيسة في الشرق والغرب علي السواء ، كما استمد كثيرا من أحكامه من القانون الروماني . ويظهر أن علماء الدين المسيحي الذين تعلموا في الأندلس وتعرفوا علي أحكام الفقه الإسلامي قد نقلوا بعض أحكام الفقه إلي هذا القانون الذي انتهي العمل به في انجلترا منذ بداية الإصلاح الديني . غير أن كثيرا من أحكامه وتفسيراته قد أصبحت عرفا راسخا وعادات مقبولة أقرها القانون العرفي الإنجليزي وضمها إليه . ولعل من أهم الشخصيات التي فهمت الفقه الإسلامي ونقلت بعض مفاهيمه إلي القوانين الغربية شخصية القديس توماس الأكويني . وأستدل علي ذلك بالأدلة التالية :

١- تحديد توماس الأكويني لمفهوم القانون بلغة لا تختلف عن لغة الفقهاء المسلمين في تحديدهم لطبيعة الشريعة الإسلامية وخصائصها ؛ فالقانون عنده هو ذلك القانون الطبيعي الذي يتألف من المبادىء الأزلية الثابتة المركوزة في الفطرة الإنسانية ، كعصمة النفس البشرية وحق الإنسان في حفظ ماله وشرفه وعقله ووجوب العدل والحرية والمساواة . وليس من وظيفة هذا القانون أن يرسم التفصيلات والفروع ، وإنما عليه أن يضع المبادىء العامة التي يسترشد بها العقل الإنساني في تحديد أحكام الفروع .

٢- رد مبادي القانون الطبيعي إلي القانون السماوي الإلهي Divine Law ومصدرهما هو الخالق الذي فطر الإنسان وأودع فيه غرائزه التي لا تهيئ له مجرد البقاء فحسب ، بل تدعوه إلي الكمال كذلك ، وميزه بالعقل حتي يستطيع الاهتداء إلي الغايات والمقاصد التي رسمها له . وإنما زود الخالق الإنسان بهذا القانون لأن طاقات الإنسان محدودة ولا يستطيع بعقله الاهتداء إلي هذه الغايات والمقاصد التي حددها الخالق .

٣- ترديد توماس الأكويني لبعض الأحكام والقواعد الفقهية واستخدام هذه القواعد في حله لبعض المشكلات التشريعية التي واجهت عصره. من ذلك تفريقه بين الربا والمضاربة علي الرغم من اشتراكهما في وجود عائد لصاحب المال، وهو ما كان أمرا غير مشروع . وقد جاء تفريقه بين الربا والمضاربة علي أساس الضمان، لأن المال في الربا من ضمان المدين ولا حق للدائن لهذا في أخذ شئ من العائد، علي حين أن رأس المال في المضاربة Commenda ملك للممول، ولوهلك يهلك علي حسابه، وله أن يستفيد من العائد لهذا ، فالغنم بالغرم. ويرجع أساس هذا التفريق إلي قاعدة « الخراج بالضمان » التي هي نص حديث نبوي، وإلي قاعدة :« الغرم و بالغنم والغنم بالغرم » (١).

وتبدو إفادة توماس الأكويني من الفقه الإسلامي في قاعدة أخري تتعلق بتحديد مفهومه للربا ، وجريانه في المعارضات لافي الغرامات . وقد عبر السيوطي عن هذه القاعدة بعينها في كتابه الأشباه والنظائر .

ومن الجدير بالذكر أن مؤرخ القانون الإنجليزي هولدزورث قد أشار إلي هذين القيدين (الخراج بالضمان - لاربا في الغرامات) اللذين أدخلهما الأكويني علي مفهوم أرسطو للربا ، وبين أهميتهما في تطور التفكير القانون الغربي في الخروج من هذا المفهوم الضيق للربا (أية مكافأة لرأس المال) واستنباط صيغ مشروعة في استثمار الأموال دون أن يشير إلي المصدر التاريخي الذي أخذ عنه الأكويني .

ولعل هذه الإشارات دالة على احتمالات تأثير الفقه الإسلامي في القانون الديني الكنسي ، وإن كان الأمر بحاجة إلي دراسة مستقلة .

---

(1) AHistory of English Law , Vol 8 PP 103-104

القسم الثاني
مصادر التشريع الإسلامي
النصية والاجتهادية

يشتمل على بابين :

الباب الأول : المصادر النصية .

الباب الثاني : المصادر الاجتهادية .

تقديم :

يكتسب تحديد المصادر التشريعية في أي نظام قانوني أهمية خاصة في التعريف بطبيعة هذا النظام ومعرفة خصائصه وأساليب تطوره ؛ فإذا أدركنا أن القانون الإنجليزي يقوم علي العرف والسوابق القضائية وعلي التشريع أدركنا طبيعة هذا النظام وأنه قانون عرفي يعتمد في تطوره علي هذه المصادر . وكذلك فإن النظر إلي مصادر الفقه الإسلامي وتنوعها إلي مصادر نصية (القرآن والسنة) وإلي مصادر اجتهادية يدل علي طبيعة هذا الفقه واستناده إلي الوحي وأنه محكوم في تطوره بالمبادىء المتضمنة في النصوص . ولأهمية المصادر علي هذا النحو فإن مداخل الدراسة الفقهية والقانونية تشتمل علي تعريف بهذه المصادر .

ومصادر الفقه هي الأدلة التي يرجع إليها المجتهد في اجتهاده لاستنباط الاحكام الشرعية ، وهي الأصول التي يعتمد عليها في هذا الاجتهاد . ولهذا يطلق عليها أدلة الفقه وأصوله . وتنقسم هذه المصادر أو الأدلة والأصول إلي نوعين:

أولهما المصادر النصية التي تعتمد علي النقل ، وتنحصر في القرآن والسنة . والثاني المصادر الاجتهادية التي تعتمد علي العقل ، وهي كثيرة ، منها الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وسد الذرائع .

ويتقيد النظر إلي هذا التقسيم بالمبادىء التالية :

١- لا تعارض بين المصادر النصية والاجتهادية ، وإنما يتكاملان في معرفة الحكم الشرعي وتحديده ، لأن النصوص ذاتها هي التي شرعت هذه المصادر الاجتهادية بما أوجبته من الرد إلي الله ورسوله عند التنازع ، وبما أفاده حديث معاذ

عند إرساله إلي اليمن ليتولي القضاء وقوله للرسول صلي الله عليه وسلم إنه سيجتهد برأيه إن لم يجد النص وموافقة الرسول علي ذلك .

٢- النصوص من القرآن والسنة هي الأصل ، وغيرها تابع لها . وإنما كانت المصادر الاجتهادية مصادر تبعية ، لأنها لا تستقل بذاتها وتستند إلي النصوص ولا تتقدم عليها ؛ فالإجماع لابد أن يكون له مستند من النص ، والقياس من أركانه الأصل الثابت بالنص ، والمصلحة المرسلة استدلال بالمعقول من جملة نصوص أو بالمصلحة التي دل علي اعتبارها عدد من النصوص ، والاستحسان إعمال لمبدأ من المبادىء التي دلت عليها النصوص كذلك .

٣- يرجع ترتيب هذه الأدلة إلي تقديم النصوص علي غيرها ، ويتقدم القرآن علي السنة من وجهين : قطعية نصوصيه وأنه الأصل الذي ترجع إليه حجية السنة . ويتقدم الإجماع علي القياس كما يتقدم القياس علي غيره .

وأتناول هذه المصادر في الفصول التالية :

الباب الأول
" المصادر النصية "

الفصل الأول
" القرآن الكريم "

درج الأصوليون علي تعريف القرآن الكريم تعريفا يشير إلي خصائصه أكثر من أن يعرف به ، فالقرآن أشهر من أن يعرف . ومن هذه التعريفات قولهم بأن القرآن هو «كلام الله المعجز المنزل علي رسوله محمد * بلفظه العربي ومعناه المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلا متواتراً . ويفيد هذا التعريف تميز القرآن الكريم بالخصائص التالية :

١- القرآن من جنس الكتب المنزلة من لدن الله عز وجل .

٢- نزل القرآن علي رسول صلي الله عليه وسلم باللغة العربية.

٣- نزل القرآن الكريم بلفظه ومعناه ، وهو الوحي المتلو المتعبد بتلاوته المعجز بلفظه ومعناه ، بخلاف السنة فإن معناها من الوحي ولفظها من عند الرسول صلي الله عليه وسلم ولا يتبعد بتلاوتها .

٤- القرآن الكريم منقول إلينا نقلا متواترا ، أي رواه عن الرسول جمع كبير من الصحابة ، لا يمكن اتفاقهم علي الكذب أو الخطأ ، واستمر هذا التواتر في النقل جيلا بعد جيل ، ولذا فإن القراءات الشاذة التي لم يتواتر نقلها ليست قرآنا .

٥- القرآن معجز في نظمه ومعناه ، وفي تشريعاته التي تتميز عن التشريعات البشرية في الضبط والصياغة والعدالة ومراعاة المصالح . ويكفي تدبر آيات المواريث في سورة النساء لمعرفة هذا الإعجاز التشريعي للقرآن الكريم ، ويظهر هذا الإعجاز في تحدي القرآن للناس أن يأتوا بمثله أو بسورة من مثله وعجزهم عن ذلك كما يظهر أيضا في سمو تشريعاته التي يتضمنها عند مقارنتها بالتفكير القانوني .

طبيعة التشريعات القرآنية وخصائصها :

تتسم التشريعات القرآنية بالخصائص التالية :

١-لا تتجاوز آيات الأحكام الواردة في موضوعات تشريعية خمسمائة آية في تقدير عدد كبير من العلماء . أما من حيث الموضوعات التي تتناولها هذه الآيات فتتنوع تنوعا كبيرا ، حيث تشمل تنظيم علاقة الفرد بالخالق ، وهذا قسم العبادات ، وتنظيم علاقة الفرد بغيره داخل الأسرة مما يتعلق بالزواج والطلا ق والميراث والنسب والتبني ، كما تشمل علاقة الفرد بغيره في المجتمع ، مما يتعلق بالمعاملات وكذا علاقة الفرد بالدولة والدولة بغيرها في أحوال السلم والحرب . وباختصار فإن القرآن قد عني بوضع التشريعات التي ينشدها أي مجتمع يريد الرقي والتقدم.

٢- تتسم الأحكام التشريعية لتي تناولها القرآن الكريم بالعموم والشمول لكل ما يحتاجه المسلم في تنظيم حياته وفق ما يريده الشارع . وهذا هو معني قوله تعالي : (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء [١]) وقوله : (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي [٢]) ، ويستنتج الشافعي من هذه الآيات أساسا هاما من أسس نظريته الأصولية هو بعبارته أن « كل مانزل بمسلم ففيه حكم لازم وعلي سبيل الحق فيه دلالة موجودة » ، ويقول : « فليس تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل علي سبيل الهدي فيها [٣] وأساس النظرية الأصولية التي عبر عنها الشافعي وتابعه فيها عدد من الآصوليين أن القرآن قد بين أحكام الوقائع والنوازل والمشكلات التي يواجهها الفرد إما بالنص علي هذه الأحكام بشكل مباشر أو بالإحالة إلي ما يبينها وهو السنة ، وإما بتحديد المبادىء العامة وطلب الاجتهاد

---

(١) النحل : ٨٩
(٢) المائدة : ٣
(٣) الرسالة للامام الشافعي

في إطار هذه المبادىء للوصول إلي الحكم الشرعي في الفروع والتفصيلات

٣- تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام بالإيجاز الشديد مع توافر الدقة والوضوح . ولذا اجتهد الفقهاء في استنباط حكم تشريعي من إيثار القرآن استخدام كلمة دون غيرها أو حرف أو إسناد فعل إلي فاعل أو غير ذلك مما لا يلتفت إليه كبار المتخصصين إلا بمشقة بالغة . من ذلك أن الفقهاء استنتجوا وجوب تمليك المستحقين للزكاة أنصباءهم بقوله تعالي (إنما الصدقات للفقراء والمساكين (١)) " إذ تفيد اللام معني التمليك ، ولا يحق للمزكي بهذا إنشاء مصنع بأموال الزكاة علي أن يكون ريعه لأصناف المستحقين ، لأن الواجب أن يملكوا عين الواجب لهم بمنفعتها ، لاأن يملكوا منفعتها وحدها .

وقد استنبط الاحناف حق المرأة البالغة الكاملة الأهلية في تزويج نفسها دون وليها من إسناد النكاح إليها في قوله تعالي (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا غيره[٢])، ومعناه أن المطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها إلا إذا تزوجت غيره، والفاعل في قوله تنكح ضمير تقديره هي ، فلزم من ذلك في تقدير علماء المذهب الحنفي أن للمرأة الحق في تولي عقد زواجها بنفسها ، ولا يشترط قيام وليها بالتعاقد عنها .

٤- تتسم الصياغة التشريعية لآيات الأحكام في القرآن بالتركيز علي القواعد الكلية التي تندرج تحتها التفصيلات والفروع ، من ذلك التعبير عن حرية التعاقد

---

(١) التوبة : ٦٠

(٢) البقرة ـك ٢٣٠

ووجوب الوفاء بالعقور بقوله تعالي (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[1] والتعبير عن حفظ حقوق الملكية بقوله تعالي (يا آيها الذين آمنو لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)[2] . ولا يخفي تنوع المضامين التشريعية لهذين المبدأين اللذين يعبران عن روح النظام التشريعي الإسلامي كله .

ومن هذا أيضا تأكيد الالتزام بالعدالة في آيات عديدة ، من ذلك إيجاب القرآن عدم التأثر بالخصومة أو العدواة في الانحراف إلي الظلم وعدم العدل، وذلك بقوله تعالي (ولا يجرمنكم شنآن قوم علي آلا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوي)[3] ، ويلفت القرآن الأنظار إلي وجوب عدم التأثر بقرابة أو صداقة أو اتجاه فكري في الانحراف عن العدل ، فالواجب أن يكون المسلمون قوامين بالقسط شهداء بالعدل ولو علي أنفسهم أو والديهم أو أقربائهم ، كما أن عليهم آلا ينتصروا لأحد علي غيره لفقر أو غني [4] .

وفي الزواج تأتي قاعدة " إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " لتشكل أساس العلاقة التي وصفها القرآن بأنها علاقة تقوم علي المودة والرحمة ، كما تأتي قاعدة القصاص في العدوان علي البدن الإنساني بالقتل أو الجرح لتحدد أساس العقوبة في هذه الجرائم إذا كانت علي وجه التعمد . أما إذا كانت علي سبيل الخطأ فلا يشير القرآن إلا إلي الواجب المالي لتعويض المجني عليه وأسرته بالدية .

وقد ترتب علي هذه الطريقة في الصياغة عدة نتائج من بينها :

---

(١) المائدة : ١
(٢) النساء : ٢٩
(٣) المائدة : ٨
(٤) النساء : ١٣٥

أ - الالتزام بالحفاظ علي المبادىء الكلية الثابتة التي لا تقبل التغيير كايجاب العدل والأمانة والوفاء بالوعد ومنع الإضرار بالغير وحرمة الملكية الخاصة وإيجاب القصاص في الجنايات العمدية والتعويض في جنايات الخطأ .

ب - فَسْحُ المجال أمام التطور والتغيير في أنماط الحياة الاجتماعية المتغيرة والتعرف علي حكمها عن طريق إلحاقها بما يلائمها من هذه القواعد الكلية . ولهذا أدرك فقهاء الصحابة منذ البداية أهمية الاجتهاد و القياس ، كما أدرك الفقهاء التفريق بين ما لايتغير وما يتغير من الأحكام. يقول ابن القيم :" الأحكام نوعان : نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها ، لابحسب الأزمنة ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع علي الجرائم ونحو هذا ، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد. والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحتله زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها ، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة ... وهذا باب واسع اشتبه فيه علي كثير من الناس الأحكام الثابتة اللامة التي لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجودا او عدما " (١)

جـ - تحقق المرونة للتشريعات القرآنية عند تطبيقها في ظروف زمانية ومكانية بالغة التعقيد والتنوع إذا كانت من النوع الذي تقتضي المصلحة اخضاعه للمرونة والتطوير ، وذلك بفضل التركيز والإجمال والعموم في الصياغة والاقتصار علي القواعد الكلية علي نحو أدي إلي فتح الباب للاجتهادفي مواجهة الظروف المتغيرة بالإفادة من الخبرة الإنسانية وتطور التفكير . ولعل المثال الذي ذكره ابن القيم في موضوع الحدود والتعزيرات أن يوضح هذه الحقيقة . ذلك أن الشارع قد حدد العقوبة في مجالات معينة ، وترك للقاضي ولولي الأمر تقدير العقوبة في مجالات التعزيرات بما يتيح للمجتمع مواجهة الجرائم المستحدثة والإفادة من تطور التفكير

---

(١) إغاثة اللهفان ١ / ٣٤٦ .

الإنساني في مواجهة الجريمة والحفاظ علي المصالح الاجتماعية .

مجالات التشريعات القرآنية :

تنوعت مجالات التشريع التي تناولتها آيات الأحكام علي نحو كفل للقرآن أن يضع الأساس الصالح لإقامة المسلمين حياتهم وفق هذه الأحكام في أطر اجتماعية متنوعة بعد وفاة الرسول صلي الله عليه وسلم واتساع المجتمعات الإسلامية بسبب الفتوحات في القرن الاول . وليس هذا فحسب ؛ فقد أرست هذه التشريعات ظهور علم الفقه وأصوله وقواعده بعد أن وصل المسلمون إلي مرحلة الترقي ووضع العلوم المختلفة في القرن الثاني الهجري . أما هذه المجالات التي شملتها التشريعات القرآنية فأهمها .

أ - بيان مقاصد الشريعة في حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال وإباحة الطيبات وتحريم الخبائث ومنع الإيذاء والإضرار بالناس وإيجاب حقوق التكافل الاجتماعي وشرع الطهارات وستر العورة وإباحة اتخاذ الزينة وما إلي ذلك مما يدخل في قسم التحسينات والأخذ بمكارم الأخلاق .

ب - تحديد المنهج الأصولي وبيان الواجب علي الفقيه بالرجوع إلي الأحكام الواردة في القرآن والسنة والإجماع والقياس . ومن أجمع ما ورد في ذلك قوله تعالي : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعو الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلي الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا)(١)

جـ - القواعد العامة التي تندرج تحتها الفروع والجزئيات كايجاب العدالة والمساواة بين الناس والحفاظ علي حقوق الملكية وحق المرأة في التكسب والتملك

---

(١) النساء : ٥٩

والميراث والتبرع والإيصاء . ومن هذه القواعد العامة حرية العقيدة وأنه لا إكراه في الدين (١) وشخصية المسئولية حتي لا تزر وازرة وزر أخري والرفق بالمدين وإنظاره إلي حين ميسرة وكتابة الديون وتوثيقها وقاعدة الضرورة التي لا تخفي أهميتها في إكساب النظم التشريعية الراقية نوعا من المرونة في الاستجابة للمصالح الأساسية في الظروف المختلفة . ومن هذه القواعد قاعدة رعاية المصالح ورفع الحرج وجلب المشقة للتيسير ورفع الضرر وإزالته . ولا تخفي أهمية هذه القواعد العامة في دفع التفكير الفقهي إلي التطور وتيسير قيام الفقهاء المسلمين بواجباتهم منذ عصر الصحابة ، كما لا يخفي أن كثيرا من هذه القواعد مما لم يكن معروفا في النظم القانونية المطبقة في الجزيرة العربية أو فيما حولها .

د - وضع أسس عدد من النظم التشريعية : ففي العبادات أقامت الآية السادسة من سورة المائدة نظام الطهارة كاملا : الوضوء - الاغتسال من الجنابة - التيمم ، وشرع القرآن الصوم وبين زمنه، كما تكررت فيه الإشارة إلي الحج والعمرة والهْدي وأشهر الحج والوقوف بعرفة . وفي مجال العلاقات القانونية البحتة يوجه القرآن النصيب الأوفي من عنايته إلي ثلاثة مجالات أولها أحكام الأسرة من زواج وخطبة ومهر وأنواع المحرمات من النساء ومن طلاق وعدة ونفقة وحضانة ومواريث ووصايا والثاني : أحكام الجنايات والعقوبات عليها ، حيث شرع القصاص والديات والعقوبة علي السرقة والحرابة والزنا والقذف . والثالث : علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في أحوال السلم والحرب .

وأهم النتائج التي ترتبت علي هذا التنوع في المجالات التي نظمتها التشريعات القرآنية طبقا لما سبقت الإشارة إليه - فيما يلي :

---

(١) ينبغي ملاحظة أن حرية العقيدة إنما هي ثابتة في نطاق الأحكام القضائية التي عهد الشارع إلى العباد تنفيذها في الحياة الدنيا ، أما في الآخرة حيث محكمة الله - عز وجل - بين عباده فلا حرية للانسان في أن يلتزم أو لا يلتزم في دنياه بالدين الذي كلفه الله به ، وإلا لما تعرض الانسان في ذلك اليوم للجزاء على أعماله في دار الدنيا .

١- تيسير قيام قضاة الفقهاء المسلمين وفقهائهم بعد وفاة الرسول * بالاجتهاد فيما يعرض عليهم من منازعات وقضايا .

٢- الاستناد إلي هذه القواعد في إقامة علم التشريع الإسلامي أو الفقه وأصوله واستمرار هذه القواعد في تسديد التفكير الفقهي والأصولي .

٣- تُكوّن هذه الأسس الواردة في القرآن الكريم العناصر الذاتية لوحدة التشريع في الأمة الإسلامية عبر أجيالها المتلاحقة علي الرغم من احتمالات الاختلاف في فهم نصوص التشريعات القرآنية .

أسلوب القرآن الكريم ومنهجه في مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة :-

لم يعمد القرآن الكريم إلي أسلوب الهدم الكامل للأوضاع والأعراف السائدة في المجتمع عند نزوله ، وإنما اتبع أسلوبا مزدوجا من : الإقرار للأوضاع الاجتماعية التي لا تتناقض مع الأصول الأخلاقية والاعتقادية التي ألزم بها أتباعه من جهة ، والهدم للأعراف التي تتناقض مع هذه الأصول من جهة أخري . يوضح ذلك من الزواج الإبقاء علي الخطبة ونوع الزواج الدائم الذي يقوم علي الاستقرار والمودة مع هدم كل صور العلاقات الأخري ، كالبغاء ونكاح الأخدان أو تعدد أزواج المرأة أو نكاح المقت الذي يعني أخذ الابن زوجة أبيه بعد وفاته .

وفي الميراث لم يكن للمرأة ولا للصغار حق الميراث في المجتمع العربي قبل الإسلام ، فهدم القرآن هذه الأعراف وأثبت للمرأة وللصغار هذا الحق . وكذا لم يكن للمرأة حق الكسب والتملك للمال في بعض المجتمعات العربية ، فجاء القرآن بما يؤكد المساواة في حق الكسب والتملك بناء علي قاعدة (للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن).

وكذا عالج القرآن موضوع انتشار الثأر في المجتمعات القلية عن طريق إحلال القصاص محل الأخذ بالثأر ، فأصبح الجاني وحده هو المسئول عن فعله ولم تعد القبيلة بأ سرها مسئولة عن هذا الفعل .

وقد ركز القرآن في إحداث التغيير في الأوضاع الاجتماعية السائدة وقت نزوله علي غرس المبادىء الخلقية والاعتقادية التي تأتي المفاهيم القانونية والتشريعية ترجمة لهذه المبادىء الأساسية في المجتمع ببيان الحقوق والواجبات المترتبة عليها . ولذا نجد أن " معظم المفاهيم الأساسية والحيوية التي يقوم عليها أي مجتمع متحضر يعبر عنها القرآن فيما يشبه أن يكون إلزاما خلقيا ؛ فالرحمة بالضعاف ونفي الغبن في المعاملات التجارية وعدم الميل والحيف في تحقيق العدالة .. كل هذه المفاهيم ترد في القرآن باعتبارها معايير السلوك المطلوبة [(١)]

وقد استمر اجتهاد الفقهاء في العصور المختلفة لإخضاع أعراف التعامل في المجتمعات الإسلامية لهذه المبادىء الأخلاقية والاعتقادية التي جاء بها القرآن بقبول ما يتفق مع هذه المبادىء ورفض ما يخالفها .

ومن جهة أخري فقد اتسم أسلوب القرآن في التغيير بالتدرج في بعض الأمور التي يصعب علي المتعاملين بها الخروج منها دفعة واحدة . من ذلك موضوع تحريم الخمر والأمر بترك التعامل بالربا ؛ ففي الخمر جاءت الآيات في مراحل متعاقبة ، فبينت أولا اختلاط المنافع بالمفاسد مع غلبة المفاسد في الخمر (البقرة : ٢١٩) ، ثم اتجهت بعد ذلك إلي النهي عن أداء الصلاة في حالة السكر (النساء ٤٣) لتنتهي بعد ذلك إلي النهي عن شرب الخمر مطلقا (المائدة : ٩٠ - ٩١) . وكذا الحال في الربا ، حيث بدأت سورة الروم (آية : ٣٩) ببيان أن الربا في أموال الناس لا يحقق شيئا من الفائدة عند الله ، ثم بينت سورة النساء (آية : ١٦٠ - ١٦١) استحقاق اليهود اللعن بأكلهم الرباء ، ثم تنتهي الآية رقم ١٣٠ من سورة آل عمران إلي المنع من أكل الربا أضعافا مضاعفة ، وهو ما تؤكده الآيات الواردة في الموضوع نفسه من سورة البقرة .

---

(١) فى تاريخ التشريع الرسلامى ، كولسون ، ترجمة د . محمد سراج ومراجعة د. حسن الشافعى ص ٢٩ طبعة بيروت .

ومن هذا يتضح تميز أسلوب القرآن في مواجهة الأوضاع الاجتماعية السائدة بالملامح والخصائص التالية :

١- هدم الأوضاع الاجتماعية والأعراف المخالفة لأصوله ومبادئه

٢- الأخذ في هذا الهدم بأسلوب التدرج التشريعي في الأمور التي يصعب التخلص منها مرة واحدة .

٣-إقرار الأعراف الملائمة لهذه الأصول والمبادىء الأخلاقية والاعتقادية التي جاء بها القرآن الكريم .

السمات العامة للتشريع القرآني :

من هذا كله يتضح أن التشريعات القرآنية تتسم بالسمات التالية :

١- إحاطة النصوص التشريعية القرآنية بالأحكام اللازمة لضبط الحياة الاجتماعية وتنظيم حياة المسلم وعلاقاته مع الآخرين .

٢- تيسير إقامة نظام تشريعي يستند إلي هذه الأسس التي أقامها التشريع القرآني.

٣- ترقية الفكر القانوني السائد بنقض الأعراف الظالمة ، كالأمر بإنظار المدين المعسر إلي حين ميسرة ورفع منزلة المرأة في الزواج والملكية والاعتراف لها بالحق في الميراث.

٤- فَسْحُ المجال لتطور التفكير القانوني في ضوء هذه المبادىء العامة والقواعد الكلية التي أتت بها التشريعات القرآنية

٥- إضفاء الوحدة علي العمل التشريعي والمجتمعات الإسلامية

٦- الاعتماد علي السنة في بيان الأحكام التفصيلية والإجراءات العملية طبقا لما يأتي توضيحه عند الحديث عن المصدر الثاني وهو السنة النبوية .

الفصل الثاني

" السنة النبوية "

التعريف بالسنة :

السنة في اللغة الطريقة المعهودة المتكررة أو السيرة المالوفة المحافظ عليها . وهي بهذا المعني في قوله صلى الله عليه وسلم " «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها .. ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها "» . ومنه كذلك قوله تعالي (سنة الله في الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلا [1]) وبهذا تطلق السنة علي الطريقة المحمودة أو المذمومة علي السواء

وقد أطلقت السنة بهذا المعني العام علي الطريقة السائدة المألوفة أيام النبي صلى الله عليه وسلم أو أيام خلفائه الراشدين ، وكانت تعد مصدرا للاقتداء بها في الاجتهاد الفقهي .

أما في الاصطلاح الأصولي فتطلق السنة علي كل ماصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة . وتشمل السنة بهذا الإطلاق الأقوال التي صدرت عن الرسول والأفعال التي أداها في عباداته ومعاملاته ، كما تشمل إقراره للأفعال التي صدرت من صحابته . ولا يختلف عن ذلك معني الحديث ؛ فإنه يطلق كذلك علي « ماروي عن النبي صلي الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة »[2] .

السنة التشريعية وغير التشريعية :

اجتمع للنبي صلى الله عليه وسلم فترة وجوده بالمدينة القيام بعدة وظائف ، هي علي النحو التالي :

١- وظيفة التبليغ عن ربه ما أرسله به وما أوحاه إليه ، وذلك بمقتضي قوله تعالي (يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته) من

(١) الأحزاب : ٦٢

(٢) قواعد التحديث للقاسمى ص ٦٤

ذلك بيانه لما يحل ويحرم في العبادات وفي المعاملات والجنايات وغيرها .

٢- واجبه في الفتيا والقضاء ، حيث كان الواجب علي الصحابة أن يرجعوا إليه للحكم بينهم فيما شجر من خلاف ، بمقتضي قوله تعالي (فلا وربك لا يؤمنون حتي يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما)[١] . وإنما يقضي الرسول أو يفتي بأن يحكم بما يجده في الأدلة الشرعية ، وهو في هذا يطبق الأحكام الشرعية الموحي بها إليه ولا يبلغ أحكاما جديدة . ولهذا يقول * : " إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه ، وإنما أقتطع له قطعة من النار »

٣- تصرفه بالإمامة والسياسة في الخلائق لضبط معاقد المصالح ودرء المفاسد وقمع الجناة وقتل الطغاة وتوطين العباد في البلاد .

٤- تصرفه بحكم طبيعته البشرية بالأكل والشرب واللبس وتفضيل بعض الأشياء وعدم الرغبة في بعضها الآخر ، كانصرافه عن أكل الضب لأنه ليس طعامه ولا طعام قومه ، بمعني أنه لم يعتد أكله .

ومن الواضح أن السنة التي صدرت عنه بمقتضي وظيفته في التبليغ هي السنة التشريعية . أما تصرفاته بالإفتاء والقضاء والسياسة فهي بمقتضى صلاحيات متعه الله بها بوصف كونه إماماً أو قاضياً بين الناس ، يتوخى ما يرى أنه المصلحة في الحالة الأولى أو الحق في الحالة الثانية لا بوصفه مبلغاً لحكم ثابت عن الله ، ومن ثم فإن الأئمة والقضاة من بعده غير مكلفين باتباع حرية تصرفاته فيما حكم أو قضي به ، بل عليهم أن يتحروا بحثاً عن الحق والمصلحة كما تحرى هو .

---

(١) النساء : ٦٥

حجية السنة والالتزام بالعمل بها :

انعقد إجماع علماء المسلمين علي أن السنة مصدر يدل علي الأحكام الشرعية ومستند هذا الإجماع من القرآن فيما يلي

١- الأمر المتكرر في القرآن بوجوب طاعة اله ورسوله فيما يزيد عن ثلاثين موضعا منه .

٢- نص القرآن الكريم علي دور السنة في بيان أحكامه . من ذلك قوله تعالي : (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم)

٣- بيان القرآن الكريم أن الرسول مبلغ عن ربه وأنه لا ينطق عن هواه . قال تعالي: (والنجم إذا هوي . ما ضل صاحبكم وماغوي . وما ينطبق عن الهوي . إن هو إلا وحي يوحي)

وقد عني الصحابة والتابعون وتابعوهم برواية السنة وتوثيقها بالنظر إلي هذه الحجية.

رواية السنة وثبوتها :

يتألف موقف الغالبية العظمي من الباحثين المسلمين تجاه رواية السنة والثقة بهذه الرواية من المعاني التالية :

١- لم تدون السنة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ولا في عهد الصحابة ووالتابعيين وتابعيهم ، لصعوبة ذلك في هذه الفترة ، حيث كان الرسول قد قالها أو فعلها في مواقف متنوعة ، واستمر الحال بعده علي ماكان عليه في عهده حتي تطور منهج جمعها وتدوينها في القرن الثاني الهجري (١).

---

(١) ينبغي ملاحظة أن المراد بالتدوين جمع أحاديث النبي صلي الله عليه وسلم وتأليفها بين دفتين فهذا هو الذي تأخر إلى القرن الثاني الهجري أما كتابة الحديث مفرقاً في أوراق عند أحاد الصحابة فالصحيح أن ذلك كان موجوداً في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم كما سلفت الإشارة إلى ذلك في صفحة ٧٩ من هذا الكتاب .

٢- برز الاهتمام بالسنة والانشغال بروايتها بعد وفاة الرسول صلي الله عليه وسلم مباشرة ولم يتأخر نظرا لأهميتها العملية في فهم التشريعات القرآنية وفي تطبيق هذه التشريعات. يدل علي ذلك قضية الجدة التي جاءت إلي أبي بكر تسأله ميراثها ، فقال : ما أجد لك في كتاب الله شيئا ، ثم سأل الناس فقام المغيرة بن شعبة ، فقال سمعت رسول الله عليه وسلم يعطيها السدس ، فقال له هل معك أحد؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فأنفذه لها .

وقد أوجب هذا الانشغال براوية السنة عدم إمكان تطبيق التشريعات القرآنية بمعزل عنها حتي في الأركان الأساسية للإسلام كالصلاة والزكاة والحج وكانت السنة هي التي قدمت العون الحقيقي لهذا التطبيق .

٣- ظهرت بعض الأحاديث الموضوعة وغير الصحيحة منذ القرن الأول الهجري فجد الفقهاء والمحدثون والعلماء في تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها ودأبوا علي معرفة من يروون عنهم وذكر أسمائهم فتطور نظام الإسناد ، وبدأ البحث في أحوال الرواة ودرجتهم في الضبط والعدالة . واشتهر من بين التابعين وتابعيهم من كان يعرف بقدرته علي التمييز بين الحديث الصحيح والضعيف. من ذلك ما يروي أن إبراهيم النخعي زعيم مدرسة الكوفة الفقهية كان صيرفيّ الحديث .

أنواع السنة :

تنقسم السنة من حيث روايتها عن الرسول صلي الله عليه وسلم إلي الأنواع التالية:

الأول ـ الحديث المتواتر : وهو الذي رواه جمع عن جمع يؤمن تواطؤهم علي الكذب أو الوهم والخطأ ، وذلك كثير في السنة العملية كأركان الصلاة والحج. ومنه في السنة القولية قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات » وقوله : من كذب علي متعمدا فليتوأ مقعده من النار ».

ويتضح من تعريف المتواتر وأمثلته وجوب استجماع الشروط التالية فيه :

١- كون الرواة جميعا كثيرا لا يجتمع مثلهم علي الكذب أو الخطأ . ولا يتقيد هذا الجمع في التوتر بعدد معين ، والعبرة بأمن إمكان الخطأ أو النسيان أو الكذب ؛ فلو اتفق عدد من الرواة علي رواية شيء معين مع اختلاف مقارّهم وبيئاتهم وظروفهم فهذا يورث نوعا من اليقين بأنهم سمعوا هذا الذي بروونه .

٢- الاستناد إلي الحس أو المشاهدة كالسمع أو الرؤية . أما لو كان ما يروونه مستندا إلي التفكير العقلي فلا يعد هذا من قبيل التواتر . وهذا هو الذي يفرق بين الإجماع والتواتر . ذلك أن الإجماع اجتهاد يتفق فيه الناس علي أمر معين، مع استنادهم في هذا الاجتهاد إلي نص شرعي ، هو مستند الإجماع ، علي حين أن.التواتر عبارة عن نقل أمر مسموع أو مشاهد بالعين مع تعدد الناقلين لهذا الأمر علي نحو لا يحتمل اتفاق الناقلين له علي الكذب أو الخطأ.

٣- توافر التواتر في الطبقات كلها ؛ فلو توافر التواتر في طبقة الصحابة ولم يتوافر في التابعين ثم تواتر بعد ذلك في طبقة تابعي التابعين لم يعتبر هذا من التواتر .

حكم الحديث المتواتر وأنواعه :

يفيد الحديث المتواتر يقين الثبوت عن النبي صلي الله عليه وسلم ، وهو في منزلة القرآن من حيث وجوب العمل به وكفر جاحده ان كان من المعلوم من الدين بالضرورة . غير أن الأحاديث المتواترة نادرة وتنحصر بالنسبة بلأحاديث القولية في عدد محدود لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة، لكن يوجد بعضه في السنه الفعلية وإن لم يكن كثيرا كذلك ، ويتعلق بأمور الدين الأساسية .

يكون نوعا مقابلا للنوع الآخر من الروايات ، وهو أخبار الآحاد ، فإنه لا مقارنة بينهما من حيث العدد .

ويشبه أن يكون التواتر أساسا منطقيا للثقة بالمرويات الأساسية أكثر من أن يكون نوعا مقابلا للنوع الآخر من الروايات ، وهو أخبار الآحاد ، فإنه لا مقارنة بينهما من حيث العدد .

وينقسم التواتر إلي نوعين : أولهما التواتر اللفظي ، وهو اجتماع شروط التواتر في المروي مع اتحاد لفظه والمعني المقصود منه . والثاني التواتر المعنوي ، وهو وجود معني مشترك بين أحاديث متعددة غير متواترة، من ذلك اشتراط التعمد لإيجاب القصاص ، حيث لا يوجد نص واحد متواتر اللفظ يدل علي هذا المعني . غير أن عددا من المرويات يتوارد حول هذا المعني ، من ذلك حديث إنما الأعمال بالنيات ، وإيجاب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد وإيجاب الدية في قتل الصبي والمجنون ولو كانا عامدين بناء علي أنه لانية لهما ورفع الإثم عن الخطأ والنسيان إلي غير هذا من الأحاديث الدالة علي نقص المجازاة بغياب نية التعمد . وبهذا فإن التواتر المعنوي يتحقق إذا اشتركت عدة مرويات في معني من المعاني ، حتي ولو لم يتحقق التواتر في أي منها ، وكثير من المبادىء الأساسية للتشريع الإسلامي مما ينهض علي أساس التواتر المعنوي .

الثاني ـ الحديث المشهور أو المستفيض : هو ما رواه من الطبقة الأولى (الصحابة) عدد لم يبلغ التواتر ، وإن رواه فى الطبقة الثانية (التابعون) وما تلاها عدد يبلغ مبلغ حد التواتر . ومن الواضح أن الحديث المشهور هو حديث آحاد فى الطبقة الأولى ومتواتر بعد ذلك. وإنما ارتفع عن حديث الآحاد مع كونه منه فى طبقة الصحابة لعدالتهم على وجه العموم. وهذا التمييز بين المشهور والآحاد هو مذهب الأحناف. أما الجمهور فيجمعون بين المشهور والآحاد ويعتبرونهما قسما واحدا. ومن هذا القسم عند الأحناف حديث : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ».

حكم الحديث المشهور عند الأحناف : يفيد الحديث المشهور عند الأحناف ظنا قريبا من اليقين من حيث ثبوت نسبته إلى الرسول صلى الله عليه وسلم. ويترتب على إفادة الحديث المشهور هذا الظن القريب من اليقين جواز تقييد المطلق وتخصيص العام

من القرآن به كما جاز ذلك بالحديث المتواتر. وتصح الزيادة به على ما فى كتاب الله ، « لكن لا يكفر جاحده ، لأن جحوده لا يؤدى إلى تكذيبه عليه الصلاة والسلام ، لأنه لم يسمع منه عدد لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ، بل يؤدى إلى تخطئة العلماء ، وهى ليست بكفر بل بدعة وضلالة [(١)] ».

ومن الحديث المشهور عند الأحناف تقييد الوصية بالثلث فى حديث سعد بن أبى وقاص حينما أراد أن يوصى بماله كله أو نصفه فقال له صلى الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير.

ومن تخصيص العام بالحديث المشهور أن قوله تعالى (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) عام فى توريث الأولاد مطلقا ، فبنيت السنة أنه لا ميراث لقاتل فخص الأولاد الوارثين بألا يقتلوا مورثيهم. وقد جاءت الوصية المقدمة على الميراث على وجه العموم فخصصتها السنة بألا تكون لأحد من الوارثين بقوله صلى الله عليه وسلم " لا وصية لوارث ".

ثالثا - خبر الآحاد : ما رواه عن رسول صلى الله عليه وسلم عدد لم يبلغ حد التواتر لا فى عصر الصحابة ولا فى عصر التابعين ولا فى عصر تابعى التابعين. ومعظم السنة التى بين أيدينا من أخبار الآحاد.

حكم خبر الآحاد : يتعلق بخبر الواحد الأحكام التالية :

١- يفيد خبر الواحد الظن الراجح باجتماع شروط الصدق والضبط فى الراوى. لكن بعض المحدثين ذهبوا إلى أنه يفيد العلم اليقينى متى ثبت صدق الراوى[(١)] .

---

(١) فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ٢ / ٧٨

ويستبعد الغزالى على أصحاب هذا الرأى أن يكونوا قد عنوه فعلا ، ولذا يحمل العلم المستفاد من خبر الواحد عندهم على العلم الظنى [(١)]. وينسب الجوينى وجوب العلم بخبر الواحد العدل إلى بعض الحنابلة وبعض المحدثين ، ويرد هذا الرأى باحتمال سهو الراوى العدل ، أو الخطأ فى الحكم بعدالته [(٢)].

٢- يجب العمل بخبر الواحد متى ثبت صدق الراوى وضبطه فى أمر التشريع والأخلاق ، لكن لا يجب العمل به فى مجال الاعتقاد ، لأن الاعتقاد لا يبنى على الظن بل على اليقين.

والدليل على وجوب العمل بخبر الواحد فى الأمور العملية إجماع الصحابة.

شروط العمل بخبر الواحد :

تتنوع الشروط الواجبة للعمل بخبر الواحد إلى ما يتعلق بالراوى وإلى ما يتعلق بالمروى.

أما الذى يتعلق بالراوى من الشروط فهى :

أ- **التمييز وكمال العقل** ، فلا تقبل رواية المجنون والصبى الذى لايميز. أما الصبى المميز فقد قبل العلماء روايته ، وقد كثرت الراوية عن عدد من الصحابة الذين سمعوا من النبيصلى الله عليه وسلم ! فى صغره. من هؤلاء أنس بن مالك وابن عباس وأبو سعيد الخدرى. أما الغزالى فيشترط البلوغ فى الراوى لقبول خبره. ويروى إجماع الصحابة على رد أخبار الصبيان [(٣)].

---

(١) كشف الأسرار على أصول أصول البزدوى ٢ / ٢٧١
(٢) المستصفى ١ / ١٤٤
(٣) البرهان فى أصول الفقه ص ٦٠٧

ب - **العدالة** ، فلا تقبل رواية الفاسق ، لأنه غير أهل للثقة. والعدالة معناها فى اللغة الاستقامة ، وهى فى الاصطلاح بمعنى رجحان جهة الدين والعقل على اتباع طريق الهوى والشهوة ، ولذا تسقط عدالة الراوى بارتكابه الكبائر أو بإصراره على الصغائر أو بارتكابه شيئا من الأشياء المخلة بالمروءة كأخذ أشياء الناس دون إذنهم (١).

جـ - الضبط، وهو قدرة الراوى على أداء ما سمعه كما هو دون تزيد أو نقصان. أما إذا لم يكن قادرا على ضبط ما يسمعه وأدائه كما سمعه فلا يعتد بروايته(٣).

ويشترط فى المروى أمور أهمها :

أ- ألا يخالف « المروى ما هو معلوم بضرورة العقل أو نظره أو الحس أو المشاهدة . وبالجملة كل ما خالف علما يقينيا (٣) ». ويستقيم هذا الاشتراط مع إفادة خبر الواحد الظن ، ومفاد هذا الشرط أن خبر الواحد إذا عارض ما هو أقوى منه لم يجب العمل به.

ب- ألا يخالف « نصا قاطعا من كتاب أو سنة أو إجماع الأمة (٤) »

جـ- ألا يكون المروى أمرا عاما تتوافر الدواعى على نقله وينفرد براويته أحد الناس. ولذا لو روى أحد أن الرسول أعقب جماعة من الذكور أو أنه نص على إمام بعينه أمام الناس أو أنه فرض صلاة سادسة قطعنا بكذب الراوى ، لأن الموضوع عام وتحيل العادة كتمان مثل ذلك ، لتوافر الدواعى على نقل مثل هذه الأمور، ولذا لا يقبل انفراد أحد الرواة برواية شىء من مثل ذلك.

---

(١) المستصفى ١ / ١٤٣

(٢) فتح الغفار بشرح المنار ٢ / ٨٩ .

(٣) الكفاية للخطيب البغدادى ص ١٠٠ .

(٤) المستصفى ١ / ١٤٢ .

رابعا - الأحاديث المرسلة : يعد الحديث مرسلا إذا رواه التابعى عن الرسول صلى الله عليه وسلم دون ذكر اسم الصحابى الذى روى عنه. من ذلك ما رواه الحسن البصرى وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعى والشعبى وغيرهم من أعلام التابعين. وفى حجية المرسل اختلاف الفقهاء على النحو التالى :

١- مذهب الأحناف قبول العمل بمراسيل كبار التابعين.

٢- أما الشافعى فلا يقبل العمل بالمرسل ، وهو الذى اختاره الغزالى ورجحه فى كتابه المستصفى . ويلخص الغزالى موقف العلماء من هذا النوع من الحديث بقوله : «المرسل مقبول عند مالك وأبى حنيفة والجماهير ومردود عند الشافعى.. وهو المختار [١] » وقد أخذ المحدثون برأى الشافعى ومالوا إليه.

ويتفق أخذ أئمة الأحناف والمالكية بالحديث المرسل دون الشافعية والمحدثين مع تطور نظام الإسناد ، حيث لم يظهر هذا النظام دفعة واحدة ، وبدأ الاهتمام به بعد حدوث الفتنة وانقسام المسلمين بين على ومعاوية ، وظل فى التطور طيلة القرن الأول الهجرى ، وكان من الطبيعى ألا تشترط مدرستا المدينة والكوفة الاتصال فى الحديث وتحديد التابعى لاسم الصحابى الذى روى عنه ، وورث المذهبان المالكى والحنفى تقاليد هاتين المدرستين فأخذا بالحديث المرسل. أما المذاهب التى ظهرت بعد اكتمال نظام الإسناد فقد حُقَّ لها أن تنظر إلى الحديث المرسل بعين الحذر والتوجس. وحجة عدم قبول الحديث المرسل قوية ؛ فإن الراوى لو ذكر الشيخ المروى عنه ولم يكن عدلا لم نقبله ، وإذا لم يسمه فإن الجهل بحاله يكون أتم ، فمن لا يعرف شخصه لم تعرف عدالته. وكذلك فإن التابعى لا يروى عن الصحابة وحدهم ، بل يحتمل أن يروى عن تابعى أكبر أو أحفظ للأحاديث منه. وهذا هو الذى دفع المحدثين إلى إنكار حجية الحديث المرسل. .

---

(٢) السابق .

الفصل الثالث
" الإجماع "

أصل الإجماع وتطوره:

يستند الإجماع كمدرك من مدارك الحقيقة إلى شعور فطرى : إذ يجد الإنسان من نفسه دافعا إلى التسليم والقبول لما يشترك معه الآخرون فى تصديقه والاتفاق عليه ، ويستعين الإنسان ببعض صور الإجماع فى صوغ آرائه وأفكاره ومواقفه العملية فى كثير من المواقف وفى تشكيل فروضه الأساسية. وتبدو أهمية هذا الأسلوب المنهجى فى أن لكل مجتمع من المجتمعات مسلماته الخاصة وفروضه الأساسية التى استقرت فى وجدان أفراده ويتوارثها الخلف عن السلف. وفى هذا دلالة على رجوع أسلوب الإجماع إلى الفطرة الإنسانية وعلى استناده إليها ، شأنه فى هذا شأن الوسائل المنهجية الأخرى التى يعتمد عليها الإنسان فى الوصول إلى المعرفة. وهو لا يختلف فى هذا عن مناهج التجربة والملاحظة والاستقراء.

وهذا الأصل الفطرى للإجماع هو الذى أدى إلى سرعة ظهوره فى وعى الصحابة والتعبير عنه فى أقوالهم والاعتماد عليه فى عدد من الوقائع العملية ، من بينها اختيار أهل الحل والعقد أبا بكر خليفة للمسلمين ، واتفاقهم على بدء حروب الردة وعلى بدء حركة الفتوحات الإسلامية وعلى جمع القرآن وتطبيق أحكامه فى حياتهم وغير ذلك من المسائل الرئيسية التى واجهت المسلمين بعد وفاة الرسول ، وكان إجماعهم على أساليب التصدى لها هو الذى مكنهم من مواجهتها. ولم يقف اعتماد الصحابة على الإجماع عند حدود هذه المسائل الرئيسية بل ظهر على نحو متكرر فى مسائل الفقه وفروعه ، وخاصة فى عهد عمر بن الخطاب الذى قاد المسلمين إلى الاتفاق على رأى واحد ، كما هو الحال فى تأسيس النظام المالى للدولة الإسلامية وإقرار أهل البلاد المفتوحة على أراضيهم يزرعونها ويؤدون خراجها للدولة

الإسلامية. ومن ذلك رأيه فى عدد من مسائل الميراث والطلاق ، كتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم وإيقاعه الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات مع أنها كانت تقع واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر. ومن ذلك أيضا اتفاقهم على تنصيب خليفة للمسلمين ومشروعية الاجتهاد فى التعرف على لأحكام الشرعية وجواز التقليد للعامى.

وعندما تكونت المدارس الفقهية فى القرن الأول الهجرى وحدث التقابل بين أشهرها ، وهى مدرسة الكوفة والمدينة، ظهر الاتفاق داخل كل مدرسة على عدد من المبادىء والأحكام الفرعية على نحو تميزت به كل مدرسة عن غيرها. وتظهر هذه الاتفاقات التى تمسكت بها كل مدرسة فى مقابل غيرها فى عدد من المؤلفات التى ترجع إلى القرن الثانى الهجرى ، من مثل كتاب الحجج المبينة فى الرد على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيبانى. ويدل هذا الكتاب ورد الإمام الشافعى عليه فى الجزء السابع من الأم على وجود اتفاق داخلى بين أعضاء المدرسة الواحدة ، وقد توارثت هذه المدارس هذه الاتفاقات واستمرت عليها إلى وقت لاحق ، وانبرى المخلصون من أبنائها إلى الدفاع عن تقاليدها واجتماعاتها على نحو كان له أثره فى تميز كل مدرسة عن غيرها واستقلالها وإقدارها على البقاء.

وتكاد تكون هذه هى الصورة الأولى من حيث التطور التاريخى للإجماع. وتتسم هذه الصورة بالواقعية والتعلق بالمسائل الفقهية الفرعية وبعض الجزئيات الأخري. غير أن هذه المرحلة من الإجماع لم تشهد تحقيق أى مفهوم للإجماع أو تقنين شروطه أو كيفيات الإفادة منه أو الأسس التى يستند إليها أو الأدلة التى تقوم عليهاحجيته. غير أن هذه الجوانب النظرية لهذا الإجماع الإقليمى أو المدرسى ما لبثت أن طرحت على مائدة البحث والنقاش. ويتجلى ذلك فى رسالة الإمام مالك إلى

الليث بن سعد فقيه مصر فى القرن الثانى الهجرى. وينقم مالك على الليث فى هذه الرسالة مخالفته لإجماع أهل المدينة ومذهبهم. ويشير إلى أهمية هذا الإجماع فى تحديد معانى النصوص وتفسيرها وفى تحديد الحكم الشرعى عند عدم وجود النص ، كما يوضح فى هذه الرسالة الأسس المنطقية والأدلة الشرعية التى يقوم عليها هذا النوع من الإجماع. وقد رفض الليث هذه الأسس والأدلة التى تحصر الحجية فى إجماع أهل المدينة ، وذلك فى رده على رسالة الإمام مالك. وأوضح أن هذه الأدلة تقدم أسس الاعتراف بحجية هذا الإجماع المحلى أو المدرسى فى البيئات الأخرى ، بحكم أن صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم قد تفرقوا فى الأمصار المختلفة ونقلوا إليها السنن فحُقَّ لفقهاء هذه البلاد أن يجتهدوا لأنفسهم وأن يعملوا بما أداهم إليه اجتهادهم.

غير أن الشافعى قد هاله اختلاف الناس فى الأمصار المختلفة وتمسك كل مدرسة بما اتفق عليه زعماؤها ، وقد أراد التقريب بينهم لإضفاء الوحدة والتناسق على الاجتهاد الفقهى ، فعمد إلى استبعاد هذا الإجماع المحلى الضيق والمحدود بحدود المدرسة الواحدة ، فاتجه إلى استحداث مفهوم جديد للإجماع ، يقوم على العموم وشمول علماء المسلمين جميعهم فى الأمصار المختلفة. وهذا هو الذى يعرف به الإجماع ، إذ يقول : « لست أقول ولا أحد من أهل العلم هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقى عالما أبدا إلا قاله لك وحكاه عمن قبله كالظهر أربع وكتحريم الخمر وما أشبه ". ويبدو أن هذا الرأى قد صيغ قبل الشافعى فى بيئات الاعتزال والمذهب الحنفى ، إذ إنه يعبر عن اشتراكه فى هذا التحديد للإجماع مع أهل العلم. غير أنه هو الذى أبرز هذا المفهوم وألح عليه فى إطار نظريته الأصولية. وينحصر ما أكده الشافعى فى تحديده مفهوم الإجماع فى الأمور التالية :

١- استبعاد الإجماع المحلى الإقليمى.

٢- إحلال مفهوم الإجماع العام الواسع الذى يشمل علماء المسلمين جميعهم فى الأمصار الإسلامية المختلفة.

٣- تحديد وظيفة الإجماع فى تأكيد المفاهيم الأساسية الواضحة التى لا يجوز الخلاف فيها. وبهذا وجد الفقه الإسلامى الوسيلة المنهجية التى تضمن الاتفاق على الفروض الأساسية فيه أو المبادىء العامة التى تشكل قوامه وروحه وتضمن له وحدته.

٤- تضاؤل دور الإجماع فى استنباط أحكام فقهية وتضييق احتمالات تحققه ؛ إذ لا يتحقق الإجماع بهذا إلا فى الأمور الأساسية التى لا يسع أحدا الخلاف فيها ولا تلقى عالما أبدا إلا قاله لك بتعبير الشافعى.

٥- استناد الإجماع إلى النصوص القطعية الدلالة والثبوت ، لأن النصوص المحتملة فى الثبوت أو الدلالة لا يتحقق الإجماع حولها. وبهذا فإن الدور الذى كان يحققه الإجماع الإقليمى فى تفسير النصوص أو فى الحكم على ثبوتها قد تضاءل للغاية بعد انتقال الإجماع إلى هذا المفهوم العام الشامل للفروض الأساسية وحدها التى لا تلقى عالما أبدا إلا قالها لك وحكاها عمن قبله.

لقد أصبح الإجماع بفضل تحديد الشافعى له على هذا النحو درعا يحمى الفقه الإسلامى من تسلل أى عنصر أو حكم أو مبدأ لا يتفق مع روحه العامة ويناقض مبادئه التى يقوم عليها.

غير أن النظرية الأصولية لم تقف بالإجماع عند هذا الحد ، فقد بذلت جهود أخرى لإضفاء نوع من الحيوية على الدور الذى يمكن للإجماع القيام به. ولعل للمعتزلة فضلا كبيرا فى تطوير مفهوم الإجماع وتجاوز الحدود التى قيده بها

الشافعى، وهذا هو ما يدل عليه هذه الصور التى قدمها أبو الحسين البصرى فى المعتمد شرح العمد للاحتجاج بالإجماع وإمكان الإفادة منه. ويدل على فضل المعتزلة فى دفع مفهوم الإجماع إلى التحديد النهائى وجود هذا الفرق الواضح بين تناول مباحثه فى رسالة الشافعى وبين تناول هذه المباحث نفسها فى كتب المعتمد والبرهان للجوينى والمستصفى للغزالى.

تعريف الإجماع :

استقر الأمر لدى الأصوليين على استبعاد مفهوم الإجماع المحلى الذى يحصره فى اتفاق مجتهدى مدرسة بعينها وعلى تبنى مفهوم أوسع للإجماع يشمل اتفاق فقهاء العصر جميعهم على أمر من الأمور ، ويحقق الإجماع بهذا دورا ذا أهمية خاصة فى إنشاء الأساس النظرى الذى تقوم عليه الثقة فى المبادىء الفقهية الأساسية ، حيث اعتبر الإجماع مفيدا للعلم اليقينى. ويتبادل الإجماع مع التواتر فى إضفاء الثقة بجملة المبادىء الأساسية فيما ينقل من نصوص وفى تفسيرها وفهمها. وسأعود إلى هذا لتوضيحه فيما بعد.

أما تعريف الإجماع بمعناه العام الواسع فيتردد أنه هو " اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور على حكم شرعى بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم ".

ويتألف هذا التعريف من المعانى التالية :

١- كون الاتفاق من المجتهدين ، أما العوام ومن فى حكمهم من غير من بلغوا رتبة الاجتهاد فليسوا من أهل الإجماع ، ولا يتوقف انعقاده على اتفاقهم.

٢- تعدد المجتهدين حتى يجرى الاتفاق بينهم. أما إذا لم يتعددوا فلا يتحقق إجماع.

وقد اشترط بعض الأصوليين من المعتزلة بلوغ المجتهدين فى العدد حد التواتر [(١)] حتى يؤمن الوقوع فى الخطأ مما يدل على هذه الصلة المنطقية بين الإجماع والتواتر. واشترط البعض بلوغ عدد المجتهدين الذين يتحقق الإجماع باتفاقهم ثلاثة ، لانه أدنى عدد للجماعة. وطبقا لهذا الرأى يتحقق الإجماع إذا لم يوجد فى عصر من العصور سوى ثلاثة من المجتهدين واتفقوا جميعا على رأى واحد فى حكم شرعى.

٣- الاتفاق الإجماعى غير الاتفاق بالأغلبية ، ولهذا لو خالفت الأقلية ما اتفقت عليه الأغلبية فى عصر من العصور لم ينعقد الإجماع. وهذا هو مذهب أكثر الناس. لكن ذهب أحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه وأبو بكر الرازى ومحمد بن جرير الطبرى وأبوالحسين الخياط إلى انعقاده[(٢)]. غير أنه يجب التفريق بين ما أجمع عليه المجتهدين كلهم وبين ما اتجهت إليه الأغلبية فى المسائل الاجتهادية، حيث يفيد الاتفاق الإجماعى العلم اليقينى ، وهو دور الإجماع ووظيفته ، أما الاتفاق الأغلبى فلن يفيد هذا العلم اليقينى ، وسينحصر دوره فى إفادة ظن راجح بصواب ما اتجهت إليه الأغلبية وخاصة إذا كان لرأى الأقلية وجه معتبر.

٤- لا يختص الإجماع بعصر من العصور كعصر الصحابة، وإنما يمكن تحقيقه فى أى عصر. وقد خالف فى ذلك أهل الظاهر وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين [(٣)] عنه ورأوا الإجماع خاصًا بعصر الصحابة وحدهم ، لأنهم هم الذين ثبتت عصمتهم. ولا ينهض هذا الرأى على أساس ، لأن العبرة فى الإجماع هو اتفاق المجتهدين المستند إلى دليل شرعى ، وهو لا يختص بعلماء عصر دون من سواهم.

٥- كون المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، أما المجتهدون من الأمم الأخرى فلا ينعقد الإجماع بهم ، ولا يخرق بدونهم.

---

(١) المنخول للغزالى ص ٣١٣ .
(٢) منتهى السول للآمدى ص ٥٥ .
(١) السابق ص ٥٣

٦- يتحقق الإجماع فى الأحكام الشرعية كالوجوب والحرمة والندب وغيرها ، ولا يتحقق فى الأحكام اللغوية أو العقلية.

أقسام الإجماع :

ينقسم الإجماع بالنظر إلى كيفية حدوثه ووقوعه إلى قسمين :

الأول : الإجماع الصريح القولى، هو الذى يكون باتفاق المجتهدين بتعبير صريح إيجابى عن رأيهم فى حكم شرعى. وتزيد احتمالات حدوث مثل هذا الإجماع الصريح فى العصر الحديث، حيث يمكن أن تتكفل المجامع الفقهية المؤلفة بالنظر فى المسائل الحادثة والمعاملات الطارئة والانتهاء إلى رأى فيها. ومن أمثلة الإجماع الصريح الذى تحقق فى العصر الحديث الاتفاق علي جواز التأمين التبادلى Mu-tual Insurance أو التعاوني Cooperative Insurance الذى اتفق الكاتبون فى التأمين على حله. أما التأمين التجارى فقد اختلف الناس فيه واحتدم النقاش بشأنه إلى مجيز ومبطل ، ولكل وجهته وأدلته التى يستند إليها

والثانى : الإجماع السكوتى، وهو أن يبدى بعض المجتهدين رأيه فى حكم شرعى، ولايخالفه الآخرون صراحة كما لا يعبرون عن موافقتهم لهذا البعض، فهذا هو الإجماع السكوتى.

وإنما يتحقق هذا النوع من الإجماع بالشروط التالية :

١- الأ يتضمن السكوت دلالة على المخالفة.
٢- ألا يكون السكوت للخوف من الأذى أو الضرر. ذلك أن السكوت إن كان لشىء من ذلك لم يفد معنى الرضا والموافقة.
٣- مضى مدة كافية للنظر فى المسالة المجتهد فيها.

وإنما يتحقق الإجماع بالسكوت لأن صمت المجتهد عن المعارضة مع تمكنه من إبداء رأيه قد يحمل على الموافقة ، لأن السكوت فى معرض الحاجة بيان. وقد اختلف

العلماء فى حجية الإجماع السكوتى ، واتجهوا فى ذلك الاتجاهات الثلاثة التالية :

الاتجاه الأول : أنه ليس بإجماع ، لأنه لا ينسب لساكت قول، ولا يحمل سكوت المجتهد على الموافقة ، لاحتمال أنه لم ير داعيا لإبداء رأيه فى المسألة المطروحة وهذا مذهب الشافعى والمالكية.

الاتجاه الثانى : أنه حجة تفيد القطع واليقين مثله مثل الإجماع الصريح ، لأن السكوت يحمل على الموافقة ، متى قامت الأسباب الداعية إلى التعبير عن المعارضة إن وجدت وانتفت المخاوف المانعة من هذا التعبير. وهو مذهب الحنابلة وأكثر الحنفية.

الاتجاه الثالث : أن الإجماع السكوتى حجية ظنية ، تفريقا بينه وبين الإجماع الصريح. وطبقا لهذا الرأى فإن الإجماع السكوتى إجماع لكنه لا يفيد اليقين.

أقسام الإجماع بحسب المجمعين :

يناقش الأصوليون عددا من أقسام الإجماع بحسب شخصيات المجمعين وانتماءاتهم ، ومن ذلك ما يلى :

١- **إجماع أهل المدينة** : ذهب مالك إلى أن إجماع أهل المدينة حجة يلزم غيرهم اتباعهم فيما اجمعوا عليه. ويستدل لذلك بأدلة عديدة ، من بينها أن المدينة دار هجرة النبى صلى الله عليه وسلم ومستقر الإسلام ومجمع الصحابة فتكون الأعراف التى تكونت فيها مقبولة من الصحابة فلا يجوز الخروج عليها.

ويخالف الجمهور فى هذا ويرون أن إجماع علماء المدينة وأهلها لا يكون حجة فى أحوال مخالفة غيرهم لهم ، لأن الصحابة قد تفرقوا فى البلاد المختلفة ، فلا يكون إجماع أهل المدينة بأولى من إجماع غيرهم.

٢- **إجماع أهل البيت** : مذهب الشيعةأن إجماع أهل بيت النبى صلى الله عليه وسلم حجة ، وليس لغيرهم مخالفتهم فيما أجمعوا عليه ، وذلك لأنهم « أهل بيت الرسالة ومعدن النبوة وإليهم الوقوف على أسباب التنزيل ومعرفة التأويل وأفعال الرسول وأقواله لكثرة مخالطتهم له عليه السلام [١] » ، وأهل البيت هم على وفاطمة والحسن والحسين. ويخالف أهل السنة فى ذلك ولا يرون حجية لإجماع آل البيت.

٣- **إجماع الخلفاء الراشدين** : إذا اتفق الخلفاء الراشدون الأربعة علي حكم شرعى لم يعتبر هذا إجماعا يلزم غيرهم اتباعه خلافا لبعض من ذهب إلى ذلك استدلالا بما روى من قوله صلى الله عليه وسلم : « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى ، عضوا عليها بالنواجذ » ، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أوجب اتباع سنة هؤلاء الخلفاء مثلما أوجب اتباع سنته.

حجية الإجماع :

يفيد الإجماع اليقين إن توافرت فيه الشروط السابقة ، حتى لا تجوز مخالفته بعد انعقاده أو بعد انقراض المجمعين على الخلاف السابق بيانه ، غير أنه لا يفيد سوى الظن عند كثير من العلماء فى حالتين : أولهما الإجماع السكوتى والأخرى الإجماع المنقول بغير طريق التواتر.

ويستدل على حجية الإجماع بأدلة عديدة من القرآن والسنة والمعقول.

أما القرآن فيستدل منه على حجية الإجماع بخمس آيات ، أقواها فى الدلالة على هذه الحجية قوله تعالى (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع

---

(١) الإحكام للآمدى ١ / ٢٢٣

غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا) » ووجه الاحتجاج بالآية أنه تعالى توعد على متابعة غير سبيل المؤمنين ، ولو لم يكن ذلك محرما لما توعد عليه ولما حسن الجمع بينه وبين المحرم من مشاقة الرسول(١) ».

ويستدل على حجية الإجماع من السنة بعدد من أخبار الآحاد، مثل قوله صلى الله عليه وسلم (أمتى لا تجتمع على الخطأ ، أمتى لا تجتمع على الضلالة ، ولم يكن الله بالذى يجمع أمتى على الضلالة..) ومثل قوله (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن). ولا يخفى أن الاستدلال على حجية الإجماع وإفادته اليقين بأخبار الآحاد المفيدة للظن أمر لا يستقيم من الناحية المنهجية. ومن جهة أخرى فإن الآيات التى يستدل بها على حجية الإجماع ليست نصا فيه وتحتمل تفسيرها بغير هذا الوجه الذى يصلها بالإجماع ، فإن سبيل المؤمنين هو التقوى والطاعة والامتثال ، بل تحتمل الآية الدلالة على هذا المعنى بأقرب من دلالتها على الإجماع ، ولهذا احتاج الشافعى فترة غير قصيرة لتتبين له هذه الدلالة البعيدة للآية. ويزيد الأمر تعقيدا بمعرفة أن الفروض الفقهية الأساسية ومصادر الأحكام غير النصية تستند إلى الإجماع.

وفى تقديرى أنه يمكن رفع هذا الإشكال المنطقى فى المقام الأول بإقامة الإجماع على الإجماع نفسه. ولامانع من ذلك فإن التجربة ، وهى أسلوب منطقى ، لا تجد أساسها المنطقى إلا فى التجربة نفسها. توضيحه أن الإجماع يفيد بذاته الثقة والإطمئنان إلى نتائجه ، ولا يجد المرء حاجة إلى البحث عن أساس منطقى خارجى

(١) الإحكام للآمدى ١٨٣/١ . والأيات الأخرى هى : (وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهدا على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا) وقوله : (كنتم خير أمة أخرجت للناس) وقوله : (وأعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) وقوله :(يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسولى وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر) ووجه الاستدلال بهذه الآية الأخيرة أن الأمر برد الشىء المتنازع فيه إلى الله ورسول عند التنازع والاختلاف يفيد الرجوع إلى الإجماع عند عدم التنازع والاختلاف .

يدعم هذه الثقة لأمرين فيما يبدو ، وهما :

١- ماهو مركوز فى الفطرة الإنسانية من الثقة بما يتفق فيه مع غيره من آراء وأفكار.

٢- التجربة المفيدة لتطرق احتمالات الخطأ إلى ما ينفرد به الشخص عن غيره ، وتضاؤل هذه الاحتمالات كلما اتفقت أعداد كثيرة فى الرأى مع اختلاف الظروف والاتجاهات والمصالح.

لقد كره المناطقة المسلمون الاستدلال على الشىء بنفسه منعا من التسلسل والدور ، ولذا بحثوا عن أدلة أخرى لا توجب الثقة بالإجماع ، لتطرق الاحتمال إليها ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال ، ويبدو أن الطريق الوحيد للخروج من ذلك هو إقامة الثقة بالإجماع على الإجماع نفسه لتأييده بالفطرة والتجربة.

ويشبه الإجماع فى ذلك أسلوب التواتر الذى تستند الثقة به إلى التجربة ؛ فإن الأخبار التى تنقل عن طريقه يندر تطرق احتمالات الخطأ إليها.

الباب الثاني

" المصادر الإجتهادية "

الفصل الأول
القياس

تقديم :

يتناول الأصوليون مبحث القياس لا باعتباره مصدرا تؤخذ منه الأحكام ، كالقرآن والسنة والإجماع ، وإنما باعتباره أسلوبا أو منهجا يتوصل به إلى الحكم الشرعى بمعونة هذه المصادر. ودوره بهذا مختلف عن الدور الذى يقدمه القرآن أو السنة أو الإجماع أيضا ، فإن هذه المصادر تحتوى على المبادىء والقواعد لتشمل حالات جديدة لم ينص عليها لتوسيع التطبيق القانونى لما تضمنته هذه المصادر من قواعد ومبادىء.

ومن جهة أخرى فإن القياس الأصولى بأركانه ومسالك العلة فيه قد شكل إطارا منطقيا لمنهج التفكير الإسلامى وعبر عن حضارة هذه الأمة فى مواجهة التفكير المنطقى اليونانى الذى عبر عن شخصية الحضارة اليونانية. ويرجع إلى أبحاث أستاذنا الدكتور على سامى النشار الفضل فى كشف أهمية القياس الأصولى باعتباره منهجا منطقيا يعبر عن الحضارة الإسلامية، وذلك فى كتابه القيم مناهج البحث عن مفكرى الإسلام.

تعريف القياس :

القياس فى اللغة هو التقدير والمساواة ؛ فقست الثوب بالذراع أى قدرته به ، وتقول علم فلان لا يقاس بعلم فلان أى لا يساويه. وهو فى الاصطلاح الأصولى عبارة عن إلحاق مالم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه النص لاشتراكهما فى علة الحكم. وبهذا يتضمن القياس التسوية بين الأصل الذى ورد فى النصوص حكمه وبين الفرع الذى لم ينص على حكمه لاشتراكهما فى علة الحكم. من ذلك أن الخمر محرمة بنصوص القرآن والسنة والإجماع لعلة هى الإسكار فإذا وجد عقار يؤثر تأثيرها كان محرما كذلك لاشتراكهما فى علة الحكم وهى الإسكار. وبهذا فإن الخمر أصل لوجود النص على حكمه ، والعقار فرع لعدم النص على حكمه ، والحكم الذى يشتركان فيه هو الحرمة ، والعلة التى يشتركان فيها هى الإسكار.

ومن ذلك أيضا أن الشارع قد حرم الجمع بين الأختين بقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الأختين) ، وأضافت السنة إلى ذلك تحريم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها ، لأن مثل هذا الجمع يؤدى إلى قطع الرحم ، فيتعدى ذلك إلى الجمع بين المرأة وبنت أخيها أو بنت أختها لأدائه إلى قطع الرحم كذلك.

ومنه أيضا الحكم الثابت بالسنة فى تحريم البيع على البيع والخطبة على الخطبة منعا من التباغض والتناحر فيقاس عليه تحريم الإجارة على الإجارة والمزارعة على المزارعة والمضاربة على المضاربة ، لتحقق المعنى نفسه.

وبهذا فإن للقياس أربعة أركان ، هى :

١- الأصل ، ويسمى بالمقيس عليه ، وهو ما ورد النص بحكمه.

٢- حكم الأصل ، وهو الحكم الشرعى الثابت للأصل. كالحرمة فى الأمثلة السابقة

٣- الفرع ، وهو المقيس الذى لا نص على حكمه

٤-العلة ، وهى المعنى المشترك الذى يجمع بين الأصل والفرع كالإسكار فى المثال الأول وقطع الرحم فى الثانى والتباغض والتنافر فى الثالث .

حجية القياس :-

القياس حجة بالأدلة التالية :-

١- الآيات الدالة على الاتعاظ والاعتبار بما وقع للناس فى الماضى وقياس حالهم على حالنا ، وإدراك عاقبة أفعالهم ، وعدم الوقوع فيما وقعوا فيه حتى لا تعانى مثل معاناتهم ، من ذلك قوله تعالى (أفلم يسيروا فى الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين من قبلهم)

٢- الآيات والأحاديث التى ربطت الأحكام بعللها كقوله تعالى (فعصوا رسول ربهم فأخذهم أخذة رابية). ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى عدم نجاسة الهرة : «إنها ليست بنجسة ، إنها من الطوافين عليكم والطوافات ». فقد دلت الآية على أن الأخذ بالعذاب كان سببه عصيان الرسول ، كما دل الحديث على أن عدم النجاسة فى الهرة معلل بكثرة وجودها مع الناس واختلاطها بهم. ومنه قوله صلى

الله عليه وسلم فى النهى عن ادخار لحوم الأضاحى للمجاعة التى كانت حدثت.
كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى من أجل الدافة فكلوا وادخروا " أى بعد زوال علة النهى عن الادخار، فيعود الحال إلى ما كان عليه من جواز الادخار.

٣- يستند العمل بالقياس إلى الإجماع كذلك؛ فقد قاس الصحابة أحقية أبى بكر فى الإمامة العامة للمسلمين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على تقديم الرسول له فى إمامة الصلاة ، وقالوا : قد رضيه لديننا ، أفلا نرضاه لدينانا. وكذا قاس أبوبكر مانعى الزكاة على تاركى الصلاة فى جواز حربهم ، ووافقة الصحابة على هذا القياس دون نكير من أحد منهم فكان إجماعا.

٤- ومن جهة أخرى فإن العمل بالقياس أمر مركوز فى الفطرة الإنسانية ، فإن الناس تقيس أحوال المستقبل على الماضى ، وتبتعد عما سبب لها الأذى وتقترب من كل ما كان سببا فى سعادتها. ولذا فإنك إذا قربت نارا من طفل فسيبتعد عنها إذا تكونت له خبرة مؤلمة بهذا الاقتراب من قبل.

ولا يخفى أن القياس Analogy أحد الأساليب المنهجية التى يعتمد عليها التطبيق القانونى فى الأنظمة القانونية المختلفة لتحقيق الوحدة والتجانس.

ويفيد القياس فائدة على قدر كبير من الأهمية فى التفكير القانونى ، وهى إضفاء الطابع العقلى ، وتحديد مسارات التطور فى المستقبل ، ووصله بالماضى ، كما أنه يقدم الأساس المنطقى لاستخراج المبادىء والقواعد والمفاهيم العامة التى تنتظم فيها الجزئيات والفروع. ولا غنى لهذا عن القياس بشكل ما فى أى نظام قانونى. ولعل الفقه الإسلامى بأصوله التى عنيت بالقياس على نحو غير مسبوق هو الذى مهد الطريق للاعتراف بأهمية دوره في الأنظمة القانونية العالمية.

الأصل والشروط فيه :

تقدم أن للقياس أربعة أركان ، هى الأصل والفرع والحكم والعلة.

والأصل كما تقدم هو المقيس عليه المنصوص على حكمه، كالخمر التى التحق

بها النبيذ فى الحكم بالتحريم طبقا لما تقدم. ويشترط فى الأصل الشروط التالية :

١- ثبوت حكمه بالكتاب أو السنة أو الإجماع. من ذلك أن السنة حرمت التبادل فى صنف من الأصناف الربوية الستة ، وهى الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح إلا إذا تحقق التساوى والتبادل فى الحال ، فيحرم لهذا مبادلة القمح بالقمح أو الشعير بالشعير إلا بالتساوى والتسليم الفورى. أما المبادلة بين القمح والملح أو بين الذهب والفضة فتحرم إلا إذا تحقق التسليم فى الحال، طبقا لما جاء فى حديث عبادة بن الصامت : " «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سوا بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

ويقاس على هذه الأصناف الأرز والعدس والفول ، فلا تجوز مبادلة الأرز بالأرز والعدس بالعدس والفول بالفول إلا بشرطين : التساوى فى المقدار والتسليم الفورى. أما المبادلة بين الأرز والقمح أو بين الأرز والفول فتجوز دون اشتراط التساوى ، ولكن يلزم التسليم الفورى.

٢- ألا يكون الدليل المثبت لحكم الأصل متضمنا لحكم الفرع ودالا عليه.ولذا فإن ابن حزم ينكر أن يكون تحريم ضرب الوالدين ثابتا بقياس على تحريم التأفيف لهما بقوله تعالى : (ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما) ، بناء على أن الآية جاءت بتحريم الإيذاء لهما عموما ، فتدخل صوره كلها فى التحريم بدلالة لفظ الآية ، لا بقياس.

٣- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى ، ومبنيا على علة يمكن للعقل أن يدركها ، وإلا فإنه لا يصح القياس. ولذا فإن أكثر المقدرات والعبادات مما لا يكون درك علتها بالعقل ولا يقاس عليها ، وذلك كأعداد الركعات فى الصلاة وضربات الجلد فى الزنا والقذف ، أما الذى يدرك بالعقل ويبنى على مصلحة أو علة معقولة المعنى فإنه يصح القياس فيه. من ذلك حرمان القاتل مورثه من الإرث فيقاس عليه حرمان الموصى له من وصيته إذا قتل الموصى.

٤- ألا يكون حكم الأصل مختصا به ولا يتعدى إلى غيره. من ذلك الأحكام التى اختص بها الرسول * كالزواج بأكثر من أربعة وتحريم نكاح زوجاته من بعده وإباحة وصال الصوم له ووجوب التهجد عليه.

٥- أن يكون حكم الأصل ثابتا غير منسوخ حتى يمكن تعديته للفرع.

الفرع وشروطه :

الفرع هو المقيس : ويشترط فيه الشروط التالية :

١- ألا يثبت حكمه بنص أو إجماع ، لأن النصوص والإجماع مقدمة على القياس ولا قياس مع النص طبقا للقاعدة.

٢- وجود علة الأصل فى الفرع ، ولذا أعطى الأرز حكم القمح حسبما تقدم لوجود علة تحريم مبادلة القمح بالقمح إلا بالتساوى والتسليم الحالى ، سواء اعتبرت العلة هى التقدير بالكيل أو الوزن ، أم اعتبرت الطعم أو الطعم مع الادخار ، لتحقق هذه العلل فى الأرز والعدس والفول ، فتقاس على الأصل فى تحريم التبادل فيما بينها إلا باشتراط التسليم الحالى أو فى تحريم التبادل فى جنسها إلا باشتراط التساوى والتسليم الحالى على ما تقدم.

أما إذا لم تتحقق علة الأصل فى الفرع فإن الفرع لا يأخذ حكمه لأنه لاقياس مع الفرق. ولذا فإن كفارة الإفطار بالجماع فى نهار رمضان عند الشافعية صوم شهرين متتابعين لا تتعدى ذلك إلى الإفطار بتناول الطعام أو الشراب ، لأن الكفارة شرعت جزاء على هتك حرمة الصوم بأسلوب خاص فلا تتعداه إلى غيره. ولا ينظر الأحناف إلى هذا الفارق ويرون أن مجرد هتك حرمة الصوم سواء بالطعام أو الشراب أو الجماع موجب للكفارة.

٣- عدم وجود مانع يمنع من ثبوت حكم الأصل للفرع. ولذا فإن الزوجة إذا قتلت زوجها عمدا عدوانا كان الواجب القصاص لتوافر علته ، وهى القتل العمدالعدوان. غير أنه إذا كان ابنها ولى الدم المطالب بالقصاص فلن يقتص منها ، لقيام المانع وهو البنوة وحتى لا يكون الابن سببا فى هلاك أمه ، وهذا هو

المانع من ثبوت حكم القصاص العام بالقتل العمد العدوان.

العلة :

العلة أهم ركن فى القياس ، لامتناعه بدون تحديدها. وهى فى اللغة اسم لما يتغير حكم الشىء بحصوله ، كالمرض الذى تتغير به الحالة من الصحة. ويعبر كثير من الأصوليين عن العلة بالمعنى أى الوصف الذى ارتبط به الحكم الشرعى ، ولا فرق بين المعنى بهذا الإطلاق وبين العلة فى استخدام الشافعى. وتفيد العلة معنى السبب، فإذا قلت عن شىء إنه علة شىء آخر فأنت تقصد أنه سببه ، والعلة هى السبب الذى ارتبط به الحكم الشرعى.

أما فى الاصطلاح الأصولى فقد جرى تعريف العلة تعريفات عديدة أوضحها فيما يبدو لى هو تعريف الإمام الشاطبى لها بأن « المراد بها الحكم والمصالح التى تعلقت بها الأوامر أو الإباحة ، والمفاسد التى تعلقت به النواهى ، فالمشقة علة فى إباحة القصر والفطر فى السفر ، والسفر هو السبب الموضوع للإباحة ، فعلى الجملة العلة هى المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها ، كانت ظاهرة أو غير ظاهرة منضبطة أو غير منضبطة. وكذلك نقول فى قوله صلى الله عليه وسلم : لا يقضى القاضى وهو غضبان ، فالغضب سبب ، وتشويش الخاطر عن استيفاء الحجج هو العلة. على أنه قديطلق هنا لفظ السبب على نفس العلة لارتباط ما بينهما ، ولا مشاحة فى الاصطلاح [1] »

ولا فرق لهذا بين العلة والحكمة حيث ينصرفان إلى المصالح والمقاصد التى أرادها الشارع من شرع الأحكام.

غير أن أكثر الأصوليين يميزون بين العلة والحكمة ، ويعرفون العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط الذى يترتب عليه تحقيق المصلحة أو دفع المفسدة. أما الحكمة

---

(١) السابق ٣/٢

فهى المصلحة نفسها. ولذا فإن علة شرع القصاص هى القتل العمد العدوان، وهى بهذا وصف ظاهر منضبط ، أما حكمة شرع القصاص فهى الحفاظ على الحياة الإنسانية. وكذا فإن علة حد الشرب هى تناول الخمر عن طريق الفم والحكمة هى حفظ العقل الإنسانى. والسفر المخصوص هو العلة فى القصر والفطر على حين أن الحكمة هى دفع المشقة.

وبذا فإن العلة وصف ظاهر منضبط يرتبط بالمصلحة ويدل عليها أما الحكمة فهى المصلحة نفسها. والاختلاف بينهما فى الانضباط وعدمه وسواء فسرنا العلة بالحكمة والمصلحة أو بالوصف الظاهر المنضبط الذى تترتب عليه الحكمة والمصلحة فلا يخفى أن المصلحة ملازمة للعلة على أى من تعريف الشاطبى الذى يسوى بين العلة والحكمة أو تعريف غيره الذى يميز بين المصلحة أو الحكمة وبين العلة.

وينبنى على ربط الأحكام الشرعية بالعلل والمصالح أن هذه الأحكام معللة بالمصالح. وقد أكد الشاطبى أن استقراء الأحكام الشرعية يدل على أنها شرعت لتحقيق مصالح العباد [١]. ويقول صدر الشريعة : « وما أبعد عن الحق قول من قال إنها غير معللة بها ، فإن بعثة الأنبياء لاهتداء الخلق وإظهار المعجزات لتصديقهم ، فمن أنكر التعليل فقد أنكر النبوة. وقوله تعالى : (وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون) وقوله تعالى : (وما أمروا إلا لعبدوا الله) وأمثال ذلك كثيرة فى القرآن ودالة على ما قلنا ، وأيضا لو لم يفعل لغرض أصلا يلزم العبث [٢] ».

ومن هذا كله يتضح أن أحكام الشارع معقولة المعانى وأنها شرعت لتحقيق مصالح الناس الدنيوية والأخروية ، فإذا أدركنا المصلحة التى شرع الحكم لتحقيقها

---

(١) الإحكام للآمدى ٣ / ٢٢٦ وانظر تيسير التحرير ٤ / ٣١

(٢) السابق.

أمكن تعديتها من الأصل ليشمل حالات جديدة وسواء كانت العلة هى الحكمة والمصلحة أو كانت عبارة عن الوصف الظاهر المنضبط الذى ترتبط به المصلحة وتتحقق بوجوده فإن هذا يفيد أن القياس هو إلحاق الفرع بالأصل لتحقيق المصالح التى أرادها الشارع والبعد عن المفاسد التى نهى عنها الشارع.

شروط العلة :

إذا كانت العلة هى المعنى أو الوصف الذى تعلق به الحكم ، بحيث لا يكون وجوده إلا به ، فإنه يشترط فى هذا المعنى أو الصفة الشروط التالية :

١- أن يكون الوصف ظاهرا واضحا ، بحيث يمكن إداركه والتحقق من وجوده أو عدمه ، كالإسكار فى تحريم الشرب وكالعمدية فى القتل العدوان الموجب للقصاص ، وكالإيجاب والقبول الدالين على الرضا بالعقد واللذين ترتبط بهما أحكامه. وتترتب عليه

٢- أن يكون الوصف منضبطا أى محددا معروف الحقيقة ، كالقتل والسكر فى إيجاب عقوبتهما وكالزواج فى إثبات النسب فإنها أوصاف محددة منضبطة يسهل التعرف عليها ، ولا تختلف حقائقها فى أحوال وجودها المختلفة. ولذا لا يجوز التعليل للقصر فى السفر والفطر فى رمضان بالمشقة. لأنها تختلف فى وجودها باختلاف الاشخاص والأحوال ويصعب ضبطها ، ولذا ربط الشارع الحكم بمظنتها ، وهو السفر ، لأنه وصف منضبط ويمكن تحديده ولا يختلف حده الأدنى الذى يترتب عليه الترخص بالقصر أو الفطر.

٣- الا يكون الوصف ملغى أى حكم الشارع بعدم اعتباره. ويوضحه ما أفتى به الفقيه يحيى بن يحيى الليثى أحد ملوك المغرب بوجوب التكفير للفطر فى نهار رمضان بالوطء متعمدا بأن عليه أن يصوم شهرين متتابعبن ، ناظرا إلى أن التكفير عن ذلك بالعتق أمر ميسر على هذا الملك لكثرة الرقيق ولن تردعه الكفارة بالعتق عن معاودة ما ارتكبه ، ورأى أن تكليفه بالصوم هو الذى يردعه.

غير أن هذا التعليل مما حكم الشارع بإلغائه وعدم اعتباره ، لأنه أوجب العتق على القادر ، ولم يوجب التكفير بالصوم إلا عند عدم القدرة على العتق ، فيجب الالتزام بالترتيب الذى أراده الشارع.

ومن هذا القبيل اعتبار التسوية فى البنوة بين البنت والابن موجبا للمساواة بينهما فى الميراث ، أسوة بالمساواة بينهما فى وجوب الإنفاق لهما. غير أن هذا الوصف « البنوة » ملغى فى ترتيب الحكم « التسوية فى الميراث » بما أوجبه الشارع من تضعيف نصيب الولد.

٤- أن يكون الوصف مناسبا للحكم. ومعنى مناسبة الوصف للحكم أن يكون وجوده مظنة تحقيق المصلحة التى قصدها الشارع من شرعه. فالتعليل للحكم (وجوب القصاص) بالقتل العمد العدوان مناسب للمصلحة المقصودة ، وهى حفظ حياة الناس ، لأن هذا النوع من القتل هو الذى يهدد الحياة الإنسانية ، وهو أخطر صور العدوان عليها ، وهو الذى يمكن التحرز عنه بفرض العقوبة عليه. وكذا فإن القتل مناسب للحكم بحرمان القاتل من الميراث للمنع من قتل الورثة مورثيهم استعجالا للحصول على ميراثهم.

أما إذا لم يكن الوصف مناسبا للحكم فإنه لا يصح التعليل به. ولذا لا يجوز التعليل لتحريم شرب الخمر بصفة لا تناسب الحكم ، كالسيولة أو اللون أو التعبئة فى زجاجات معينة أو التعتيق والقدم فإن هذا كله مما لا مناسبة بينه وبين الحكم بالتحريم. وكذا لا يجوز التعليل فى وجوب القصاص بسمرة القاتل أو جنسيته أو زمان حدوث القتل ليلا أو نهارا أو ما إلى ذلك من أوصاف لا تناسب الحكم الشرعى.

٥- ألا تكون العلة وصفا قاصرا على الأصل حتى يمكن تعديتها إلى الفرع. ولذا فإن الأحكام الخاصة بالرسول والمعللة برجوعها إلى ذاته كزواجه بأكثر من أربع مما لا يصح القياس فيها لاختصاص العلة بالأصل وعدم إمكان تحققها فى الفرع.

ولذا فإن الأحكام الخاصة بالرسول والمعللة برجوعها إلى ذاته كزواجه بأكثر من أربع مما لا يصح القياس فيها لاختصاص العلة بالأصل وعدم إمكان تحققها في الفرع .

٦- ألا يرجع الوصف المعلل به على الأصل بإبطاله . ومعناه أنه لا يجوز التعليل بوصف يترتب عليه تغيير حكم الأصل وإبطاله . من ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم « في كل أربعين شاة شاة » يوجب إخراج شاة زكاة لمن يملك أربعين شاة . ويعلل علماء المذهب الحنفي هذا الحكم بعلة هي « دفع حاجة الفقير » فيترتب على هذا التعليل الحكم بجواز إخراج الشاة أو قيمتها . ويؤدي الحكم بجواز إخراج قيمة الشاةإلى إبطال حكم الأصل المنصوص عليه ، وهووجوب إخراج الشاة. وهذا هو مذهب الشافعية و ينازع الأحناف بخصوص هذا المثال في أن إخراج القيمة لا يعد إبطالا للحكم بإخراج الشاة ، إذ تحل قيمتها محلها . وقد نقل الآمدي الاتفاق على هذا الشرط [١] .

---

(١) الإحكام للآمدي : ٢٢٦/٣، وانظر : تيسير التحرير ٣١/٤

الفصل الثاني

" المصلحة "

تقديم :-

المصلحة أصل شرعى قام عليه البناء الأصولى والفقهى ، وتتجلى الأهمية التى أولاها التشريع الإسلامى لهذا الأصل فى الأمور التالية :

١- مراعاة الأحكام المنصوص عليها فى القرآن والسنة لمصالح الناس أفرادا ومجتمعات وبيئة ، بحيث تسعى هذه الأحكام لتحقيق ما ينفع واستبعاد ما هو ضار . وقد صرحت النصوص بهذا ؛ فالقصاص إنما شرع لحفظ الحياة ، والوفاء بالعقود لتمكين الناس من الوفاء باحتياجاتهم ، والزواج شرع للحفاظ على النسل والتعاون وتحقيق المودة والرحمة ، وتحريم شرب الخمر للحفاظ على العقل ، وشرع حد القذف فى الاتهام بالزنا لصون الأعراض . وقد كان التفات الفقهاء إلى المصالح التى تغيتها النصوص سببا فى نشأة علم مقاصد الشريعة بين علوم الفقه الإسلامى . وهذا العلم الذى ألف فيه كل من العز بن عبد السلام وابن قيم الجوزية والشاطبى قد انفرد الفقه الإسلامى به من بين النظم القانونية العالمية . وقد بدأ اهتمام هذه النظم بأصل المصالح فى هذا العصر على يد بنتام Bent-ham . ويلتقى ما عبر عنه Rosco Pound فى النظر إلى المصالح الاجتماعية وكيفيات استجابة التفكير القانونى لها مع ما عبر عنه فلاسفة الفقهاء المسلمين الذين أشرت إلى أسمائهم قبل قليل .

٢- وظيفة القياس الأصولى هى تحقيق المصالح ، بناء على أنه ينقل حكم الأصل إلى الفرع إذا اشتركا فى المصلحة . وقد رأينا أن القياس مبناه على أصل اعتبار المصالح فى الأحكام ، فالذين نفواالقياس هم نفاة تعليل الأحكام المنصوص عليها بالمصالح ، والذين أثبتوه هو الذين أثبتوا المصالح فى تعليل الأحكام بها كما تقدم

٣- تتفرع قواعد العمل بالعرف وسد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة فى البناء الأصولى على أصل العمل يالمصالح . وذلك أن العرف عبارة عن المصالح المقبولة فى المجتمع بدليل اتفاق الناس على العمل به وعدم خروجهم على مقرارته دون

وجود سلطة تفرضه فى فترة تكونه . وسد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة كذلك حسبما يأتى توضيحه فى مناسبته .

ومن هذا كله يتضح أن للعمل بالمصلحة تجليات عديدة حتى إنها لتشكل الأصل الذى ترجع إليه الأحكام الشرعية جميعها ؛ فالأحكام الشرعية كما يقول ابن القيم إما نص وإما مصلحة . وإذا ثبت رجوع النصوص إلى المصالح فمعناه أن الأحكام الشرعية لاترجع إلا إلى المصالح .

معني المصلحة :

تطلق المصلحة فى تعريفها اللغوى بمعنى المنفعة ، أو على الفعل الذى فيه صلاح ونفع . ومعنى هذا أن المصلحة فى اللغة عبارة عن جلب منفعة أو دفع ضرر ، سواء اتفق ذلك مع المبادىء الشرعية أو لم يتفق . وهذا هو الذى يلفت الغزالى النظر إليه حين يعرف المصلحة بقوله: «" أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع ضرر . ولسنا نعنى به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم . ولكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع . ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة. وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا المعني» ".

ومن هذا يتضح اشتمال تعريف المصلحة على المعانى التالية :

١- المعنى اللغوى للمصلحة هو عموم المنفعة بتحقيق المصالح وتحصيلها ودفع المفاسد وإزالتها .

٢- التعريف الاصطلاحى للمصلحة هو تحقيق المصالح المقصودة للشرع بتحصيل المنافع وإبعاد المفاسد ، وأجناس المصالح المقصودة للشرع خمسة هى كما تقدم فى تحديد الغزالى لها ، حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال .

٣- يفترق المعنى اللغوى للمصلحة عن المعنى الاصطلاحي من جهة أن التعريف اللغوى مطلق والاصطلاحى مقيد بالنظر إلى مقاصد الشرع . وبهذا فإن الفعل قد يعد مصلحة فى الإطلاق اللغوى العام غير أنه لايعد مصلحة بالإطلاق الشرعى إلا إذا اتفق مع المقاصد الشرعية ، ولم يخالف أصلا من أصوله المعتبرة . ولذا فإن الخمر فيها كثير من المنافع ، غير أنها لا تعد مصلحة لمنافاة تناول الخمر لما أرادته النصوص الشرعية . وقد يحقق الزواج المؤقت مصالح لأطرافه ، غير أنه يعد ضررا فى الشريعة لمصادمته لأصل التأبيد فى الزواج . وكذا فإن التحايل بالمحلل لاستئناف الحياة الزوجية للمطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى قد يحقق مصلحة جمع شمل الأسرة مرة أخرى ، لكنه لا يعد مصلحة فى النظر الشرعى . وفى كل هذه الأمثلة قد يصح إطلاق اسم المصلحة عليها بمعناها اللغوى لا بمعناها الشرعى . ويؤدى الخلط بين المعنيين اللغوى والشرعى للمصلحة إلى أخطاء عديدة .

٤- أجناس المصالح التى راعاها الشرع باستقراء الفقهاء للأحكام المنصوصة هى هذه المقاصد الخمسة : حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال .

٥- يتنوع اعتبار الشارع للمصالح ؛ فقد ينص على جزئياتها وأعيانها المخصوصة ، كما أنه قد ينص على أجناسها ؛ فإذا اشترك الفرع مع الأصل المنصوص على حكمه فى عين المصلحة المعتبرة كان هذا أقوى من مجرد اعتبارها بالنص على جنس المصلحة العامة المتحققة فى الفرع . من ذلك أن الشرع منع من توريث القاتل مورثه ، قصدا إلى الحفاظ على حياة المورثين ، وحتى لا يتعجل الورثة الحصول على المال بالقتل ، ويشترك معه فى عين هذه المصلحة الحكم بحرمان الموصى له من الوصية إذا قتل الموصى ، قصدا إلى تحقيق المصلحة نفسها . ومنه أيضا ثبوت الولاية على الصغير فى الزواج حفاظا على حقوقه كما ثبتت الولاية عليه فى المال .

أما إذا لم يوجد نص شرعى لاعتبار المصلحة محل النظر بخصوصها ، ولا

لإلغائها ، وإنما تعلقت النصوص بجنس المصلحة اعتبارا أو إلغاء ، فهذا هو العمل بالمصالح المرسلة، أى التى أرسل الشارع النص على أعيانها ولم يقيدها بالاعتبار أو الإلغاء ، وإنما نص على أجناس هذه المصالح ومقاصده العامة .

٦- ليست هناك مصالح أرسلها الشرع ولم يشهد لأعيانها أو أنواعها أو أجناسها بالإلغاء أو القبول . فما لم ينص الشرع على اعتباره من المصالح بخصوصه قد نص على نوعه أوجنسه ؛ فالمقاصد الخمسة السابقة الذكر مستنبطة من النصوص الشرعية ، ولإيخرج عنها شيء من المصالح المطلوبة للإنسان فردا أو جماعة .

المصالح المرسلة :

ومن هذا يتضح أنه ليس هناك مصلحة لم يشهد الشرع لها بالابطال أو القبول . ولا يصح لهذا تعريف المصالح المرسلة بأنها هى المصالح التى لم يشهد لها الشارع بالبطلان أو الاعتبار ، وإنما يجب تعريف المصالح المرسلة بأنها هى المصالح التى لم تشهد لها بعينها نصوص الشارع ولكنها تلائم تصرفات الشارع وأجناس المصالح التى شهدت لها نصوص الشارع .

توضحيه أننا إذا قلنا بوجوب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة كان هذا عملا بالمصلحة المرسلة ، لأنه ليس هناك نص فى الشرع يتجه مباشرة إلى إثبات هذه القاعدة أو نفيها . غير أن النظر إلى تصرفات الشرع وأحكامه المنصوصة يدل على أن المصلحة الفردية كانت هى التى يضحى بها عند تعارضها مع مصلحة عامة . من ذلك شرع الجهاد ، وتحميل المقاتلين مشقته ، فإنه مشروع لدرء الخطر عن الجماعة ولو أدى ذلك إلى قتل عدد من أفراد الجيش . وكذا الحجر على المفلس ومنعه من التصرفات الضارة بالغرما ء ، وشرع القصاص وحد الحرابة ، فإن هذه الأحكام تتوارد جميعها على تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد .

ويعبر الشاطبى عن الاستدلال بالمصلحة المرسلة وأساسه بقوله : « كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته

فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به ، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها .. ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال بالمرسل الذى اعتبره مالك والشافعى فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلى والأصل الكلى إذاكان قطعيا قد يساوى الأصل المعين ، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه [1] » .

ومن ذلك أيضا أن القاعدة الكلية القاضية بوجوب " دفع أشد الضررين " مبنية على عدد كبير من المسائل الجزئية المنصوص على أحكامها رغم أنه لا يوجد نص على عين هذه المصلحة بخصوصها . وإنما تستفاد هذه المصلحة من جملة النصوص، من ذلك شرع الجهاد ففيه إتلاف النفوس وتحمل المشاق ، غير أنه يؤدى إلى دفع ضرر أكبر ، هو الوقوع تحت رحمة العدو ، وإتلاف عدد أكبر من النفوس والأموال لو لم ينفر الناس للجهاد . وكذا شرع القصاص ومعاقبة السارق .

ويمكن تطبيق هذا الأصل فى مسائل عديدة لا نص فيها . من ذلك مسألة ما لو تترس الكفار بالمسلمين واحتموا بهم فى مواجهة الجيش المسلم .. بحيث لو هجم المسلمون وضربوا العدو مات المسلمون المحتمى بهم دون سبب مشروع يوجب قتلهم . ولو سكت عنهم المسلمون تقوى العدو واستطاع تهديد الجيش المسلم والمجتمع كله . والحكم أنه يختار أهون الشرين وأقل الضررين ، ويرمى العدو حتى لو أسفر ذلك عن قتل المسلمين المحتمى بهم .

أما المصالح التى لا تشهد لها النصوص بالاعتبار فلن تندرج تحت أى من القواعد الكلية للمصالح ، ولن يجرى إعمالها من الوجهة الشرعية .

من ذلك حكم بعض الفقهاء بجواز ضرب المتهم لحمله على الإقراربالتهمة، وهو

---

(١) الموافقات : ١/ ٢٩ .

مذهب مالك فيما رواه البعض عنه (١) ، ويشترط لهذا الحكم وجود قرائن تحمل على الاشتباه فيه وعلى وجود ظن قوى بارتكابه الجريمة . وقد حملهم على هذا الرأى النظر إلى مصلحة المجنى عليه والمجتمع فى معرفة الجانى ومعاقبته . وينكر جمهور الفقهاء هذا الرأى بناء على أمرين ، أولهما أن هذه المصلحة معارضة بمصلحة أخرى أقوى منها فى الثبوت ، فإن مصلحة المجنى عليه والمجتمع فى ضرب متهم بعينه مظنونة ، لاحتمال أنه ارتكب الجريمة أو لم يرتكبها ، أما مصلحة المتهم فى عدم ضربه فثابتة يقينا ، فهى المصلحة الأقوى لهذا.

ومن العمل بالمصالح التى اعتبر الشارع جنسها القول بوجوب توثيق عقد الزواج بعد انتشار شهادات الزور واتساع المدن وكثرة النزاعات المترتبة على جحود العقد وإنكاره ؛ فالحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد فى ثبوت نسبهم من المصالح التى اعتبرها الشارع ، ووجوب التوثيق هو الحكم الذى يحقق هذه المصلحة . وبهذا فإن حمل الناس على توثيق عقود زواجهم . يقصد إثبات هذه العقود عند المنازعة مصلحة ليس فيها بعينها نص شرعى ، وإنما راعى الشارع مصلحة إثبات حقوق الأزواج والأولاد بأدلة كثيرة ، من بينها شرع هذه الحقوق والأمر بالإحسان فى المعاملة والنهى عن كتمان ما يتعلق بهذه الحقوق ويؤثر فيها .

ومن ذلك ما أفتى به مالك فى قبول شهادة الصبيان فى الجراح ؛ إذ الأصل أنه لا تقبل فى الجنايات سوى شهادة البالغين . غير أن اجتماع الصبيان للعب معا وانفرادهم عن الكبار فى هذه المناسبات أوجب قبول شهادة الصبيان على بعضهم، من جهة أن اشترط البلوغ والكبر فى الشاهد للقضاء بشهادته سيؤدى إلى ضياع الحقوق، لأن الكبار لا يحضرون ملاعب الصبيان فى كثير من الأحوال . وبهذا فإن المصلحة التى استند إليها مالك مصلحة ضرورية ، هى حقن الدماء وحفظ النفوس ، فإذا

---

(١) نسب ذلك إلى الإمام مالك الإمام الغزالي في المتصفي راجع المستصفي ١ : ٢٨٩ والمروي عن الإمام مالك في المدونة غير ذ لك - راجع المدونة ٦ : ٢٩٣ طبعة السعادة .

اطمأن القاضى إلى شهادة الصبى ورضى بها جاز له أن يقضى بهذه الشهادة .

وقد أجاز مالك التسعير عند الحاجة إليه ، وذلك كأن يرتفع السعر بجشع التجار أو احتكارهم للسلع أو التدخل فى العرض أو غير ذلك مما يؤدى إلى ظلم المستهلك والإضرار بمصالحه ، مما يستوجب التدخل لحمايته . وعلى الرغم من أن هذه المصلحة بذاتها لم يرد فيها نص فإن عددا كبيرا من النصوص يتعلق بجنس هذه المصلحة ، وهذا الجنس هو ما يتعلق بحفظ أموال الناس ونفى الضرر عنهم فى أموالهم . فيجوز التسعير عند الحاجة لتعلقه بهذه المصلحة العامة، وهى حفظ الأموال ورعاية حقوق المستهلكين ورفع الضرر عنهم .

طبيعة إعمال المصلحة المرسلة :

يختلف إعمال المصلحة المرسلة عن العمل بالقياس من جهة أن القياس يتضمن إلحاق فرع غير منصوص على حكمه بأصل منصوص على حكمه لاشتراكهما فى العلة . أما العمل بالمصلحة المرسلة فلا يتضمن مثل هذا الإلحاق، وعلى حين يستوجب العمل بالقياس تحديد الأصل المنصوص على حكمه وإدراك علة الحكم فيه وتحقق هذه العلة فى الفرع فإن العمل بالمصلحة المرسلة لا يقتضى إلا التأكد من اعتبار الشارع لهذه المصلحة باستقراء النصوص المختلفة وإدراج الحالة المطلوب تحديد حكمها تحت هذه المصلحة أو تلك .

يوضحه أن جمع أبى بكر للقرآن لم يحتج إلى نظير يقيس عليه . وإنما احتاج إلى تأكيد أنه مصلحة تتعلق بحفظ الدين وإلى أن هذه المصلحة معتبرة فى الشرع . فليس فيه قياس حالة على حالة ، وإنما هو إلحاق لهذه الحالة بالأصل المستنبط من أدلة لا تنحصر ويستفاد منها جميعها اعتبار الشارع لمصلحة حفظ الدين.

ومنه كذلك حرب مانعى الزكاة فإن أبابكر قد استند فى وجوب حربهم إلى مصلحة ضرورية ، هى حفظ الدين كذلك . ويستفاد هذا من قوله والله: «لأحاربن من فوق بين الصلاة والزكاة ». ولعله استند فى هذا إلى مصلحة أخرى هى حق

الدولة فى تأمين مواردها للقيام بمسئولياتها الملقاة على عاتقها ، إذ بدون هذه المواد لا تستطيع القيام بهذه المسئوليات . ومهما تكن المصلحة التى استند إليها فإنه لم يقس هذه الحالة على ما يناظرها وإنما أدرجها ضمن أصل عام هو هذه المصلحة التى اعتبرها الشارع أو تلك .

ومنه أيضا جمع عثمان المسلمين على مصحف واحد وإحراق ماعداه ، دفعا لتفرق المسلمين واختلافهم واتهام بعضهم بعضا ؛ فهذا مما ليس له نظير بعينه يقاس عليه ، وإنما هو إلحاق بأصل عام هو دفع الفتنة واتقاء شر الخلاف والتفرق بين المسلمين ، وهو أصل معتبر شرعا بأدلة لا تحصى .

ومنه إجماع الصحابة على تضمين الصناع ما يأخذونه من أموال الناس للعمل فيه مع أنهم مؤتمنون ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدى . غير أن تكرر ادعاء الصناع ضياع ما أخذوه من مواد خام للعمل فيها ، وعدم قدرة أصحابها على إثبات تعديهم لإيجاب الضمان عليهم قد أدى إلى خلق حالة غير مسبوقة ؛ فإما ألا يدفع الناس أموالهم إلى الصناع ، وفيه من الحرج ما لا يخفى ، لحاجة الناس إليهم ، فإن كل واحد لا يستطيع تعلم الحرف التى يحتاجها . وإما أن يدفع الناس أموالهم ويتحملون مخاطر إهمال الصناع وتعديهم دون أن يستطيعوا إثبات ذلك ، بناء على أن الصناع أمناء ، والأمين لا يضمن إلا إذا أثبت المتضرر تعدى الصانع أو إهماله . وقد جاء الحل فيما أخذ به قضاة الصحابة من التسليم بكون الصناع أمناء لا يضمنون إلا بالتعدى . غير أنهم لما كانوا قد أخذوا المال للعمل فيه فلا تنتهى مسئوليتهم عنه إلا بإثبات عدم تعديهم فيه . ويقع عليهم لذلك عبء إثبات عدم التعدى والبرهنة على أن تلف المال أو ضياعه كان بسبب لا يد لهم فيه ، فإن لم يمكنهم إثبات عدم التعدى كانوا مسئولين عن التلف ووقع الضمان عليهم .

وقد كانت هناك اجتهادات أخرى . غير أن ما يهمنا الاستدلال عليه فى هذا المقام أن الحكم بتضمين الصناع فى ظروف كثرة إهمالهم وتعديهم وصعوبة إثبات ذلك

عليهم لم يكن من باب القياس على أصل يناظره ، وإنما التحق بأصل عام وهو حفظ أموال الناس . وهذا الأصل أو المصلحة مما شهدت النصوص الكثيرة باعتباره حتى صار أصلا قطعيا .

العمل بالمصلحة ومرتبته من العمل بالنص :

يتألف تحديد مرتبة العمل بالمصلحة بالنظر إلى ما يلى :

١- لا تستقل المصلحة بنفسها ولا تصلح أن تكون دليلا شرعيا تتقدم النصوص أو تحل محلها ، وإنما هى أصل شرعى تابع للنص لا يتقدم عليه ، ولذا فإنه يشترط لإعمال المصلحة ألا تناقض أصلا شرعيا . ولذا فإن فوائد البنوك تحقق عديدا من المصالح الخاصة والعامة ، منها تجميع مدخرات الناس وتوجيهها إلى الاستثمار وإنشاء المشاريع الزراعية والصناعية مما يؤدى إلى فتح أبواب العمل ، غير أن هذه المصالح لا يجوز التذرع بها لإباحة هذه الفوائد ، لأنها من الربا المحرم شرعا. وكذا لاتجوز التسوية بين الابن والبنت فى الميراث ، حتى لو افترضنا تحقق المساواة بينهما فى اشياء أخرى كثيرة ، لأن النص قد أوصى باستحقاق الذكر مثل حظ الأنثيين . وينطبق ذلك على الوصية للوارث حيث يتحقق بها مصالح بعض الورثة الذين قد تزيد حاجتهم عن حاجة غيرهم من الورثة لضعف أو مرض أو انشغال بتعليم أو صغر أو فقر ، وذلك لأن النص قد جاء بتحريم الوصية للوارث ، طبقا لما جاء من قوله صلى الله عليه وسلم : «لا وصية لوارث »

٢- وجوب شهادة النصوص الشرعية للمصلحة بالاعتبار . ومعناه أن المصلحة لا يستند العمل بها إلى مجرد العقل وحكمه ، وإنما يلزم استناد المصلحة إلى النصوص الشرعية للحكم باعتبارها . من ذلك أن حكم الصحابة بقتل الجماعة بالواحد لم يستند إلى ما قد يراه العقل من أن هذا هو المصلحة وإنما استند إلى مصلحة « حفظ الحياة » المعتبرة شرعا بدليل شرع القصاص وتحريم النفس الإنسانية وتكريمهم واعتبار العدوان عليها عدوانا على البشرية جميعها . وبهذا

فإن المصلحة ليست حكم العقل المجرد ، وإنما هى حكم النصوص .

٣- الأحكام الشرعية المنصوص عليها شرعت لتحقيق مصالح معينة ، فإذا تغيرت الظروف ولم يؤد تطبيق الحكم الشرعى فى هذه الظروف الى تحقيق المصالح المقصودة من الحكم فإنه يعدل عنه الى غيره مما عساه أن يحقق المصلحة المقصودة . ولا يعد هذا تغييرا فى الحكم الشرعى ، إذ يظل الحكم قائما لتطبيقه فى الظروف التى يحقق فيها المصلحة المقصودة من شرعه .

يوضحه حكم عمر بن الخطاب فى منع تطبيق حد السرقة عام المجاعة ، لأن المقصود من شرع حد السرقة هو منع السارق من أخذ مال الغير إذا لم يكن مضطرا إلى هذا الأخذ. فإن قامت شبهة الاضطرار سقطت العقوبة الحدية فى هذا الظرف. ولا يعد هذا تعطيلا لحكم السرقة ، وإنما هو عدم تطبيق له فى الظروف التى لا يحقق فيها التطبيق المصلحة المقصودة ، بل ويفوت مصلحة مقصودة أخرى هى حفظ البدن الإنسانى .

وقد أوقع عمر رضى الله عنه الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا بعد أن كان لا يحسب إلا واحدة زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر خلافة عمر ، وقال فى ذلك قولته المشهورة عن تعجل الناس فى أمر كانت لهم فيه أناة . ومعناه أنهم خالفوا المقصود من شرعه على مرات ، وقصدوا منه مالم يشرع له ، وهو الإساءة إلى الزوجة ، وإظهار البغض والكراهية مما عساه أن يسىء إليها . ولكن إيقاعه على هذا النحو لا يعنى تغيير الحكم الشرعى ، إذ يمكن الرجوع إليه مرة أخرى لو كان هذا الرجوع يحقق المصلحة المقصودة من شرعه ، وهى إعطاء فرصة أو أكثر للزوجين لاستئناف حياتهما الزوجية ، أو للخروج من المفاسد التى رتبها احتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد ثلاثا ، وهو شيوع التحليل وهذا الرجوع قد تحقق فى مرسوم ١٩٢٠ فى مصر

شروط العمل بالمصلحة المرسلة : يشترط للعمل بالمصلحة الشروط التالية :

١- الملاءمة لمقاصد الشارع وتصرفاته كما تقدم ؛ فإن المصلحة لا يعمل بها إلا إذا شهدت النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار . أما إن شهدت لعينها فإن هذا الإعمال يتخذ شكل القياس . يوضح اشتراط الملاءمة ما أفتى به الحنابلة من جواز نفى أهل الفتن والفساد إلى مكان يؤمن فيه شرهم ، وذلك لمصلحة اعتبرها الشارع وهى حفظ الأمن ودفع الضرر عن الناس وحفظ أموالهم ودمائهم .

٢- أن تكون المصلحة حقيقية وليست متوهمة ، بحيث تجلب النفع بالفعل أو تدفع الضرر . أما مجرد التوهم واعتقاد النفع دون مطابقة للواقع فلا يعد من المصالح . ويدل هذا على أن دراسة الواقع بالمناهج العلمية من ألزم الأمور للفقيه، لكى يتعرف على الموجود ويتحقق من المشكلة ، ويعرف أسلوب مواجهتها .

٣- ألا تكون هذه المصلحة معارضة لأصل شرعى مقطوع به لثبوته بالنص أو الإجماع. وواجب الفقيه العمل على تحقيق المصالح الاجتماعية مع الالتزام بقواعد الشريعة ودون خروج عليها . إن عمله لا ينحصر فى تحقيق المصالح المستندة إلى حكم العقل وحده كما أن أداءه لوظيفته لن يكتمل بمجرد التطبيق الآلى لما تضمنته النصوص من أحكام ، دون التفات إلى المصالح المقصودة من شرع هذه الأحكام . ولعل فى مثال تضمين الصناع ما يدل على هذه الطبيعة المزدوجة لعمل الفقيه المسلم ؛ فقد اتضح للصحابة المبدأ الشرعى القاضى بأن الأمين لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدى ، كما اتضح لهم أن تكليف العملاء بإثبات التعدى على الصناع غير ميسور فى أغلب الأحوال ، مما يؤدى إلى تضييع حقوق العملاء وأموالهم ، ووجدوا الحل لذلك فى التمسك بأن الصناع أمناء لا يضمنون بغير التعدى ، لكنهم هم الذى يكلفون بإثبات عدم التعدى . وهذا الحل الإجرائى كفل الاحتفاظ بالمبدأ الموضوعى على حاله مع توفير الاستجابة للمصالح الاجتماعية وإنهاء المشكلة ، وبذا أصبح العملاء آمنين على حقوقهم من جشع الصناع أو تفريطهم أو تعديهم . كما أن الصناع كذلك لن يضمنوا تلف الأموال التى تحت أيديهم إذا أمكنهم إثبات عدم التعدى ، وبذا فإن مسئوليتهم المفترضة قابلة لإثبات العكس.

قواعد العمل بالمصالح :

صاغ الفقهاء والأصوليون عددا من القواعد التى تضبط العمل بالمصالح المرسلة . وفيما يلى بعض هذه لقواعد :

١- رفع الضرر ، أو الضرر يزال : مستند هذه القاعدة حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وتشهد لها نصوص قرآنية وقواعد شرعية عديدة . من بينها قوله تعالى : (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) وقوله : (لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) وقوله : (ولا يضار كاتب ولاشهيد) . ومن القواعد الشرعية التى تشهد لأصل رفع الضرر إيجاب الضمان على الغاصب والمتلف لمال الغير ، وشرع الديات والأروش فى القتل الخطأ والجراحات والجنايات .

ويجرى تطبيق هذه القاعدة فى فروع عديدة ، منها الحجر على السفيه والمفتى الماجن والمكارى المفلس والطبيب الجاهل ، وذلك لأن عدم الحجر عليهم يضر بالناس والمتعاملين معهم ، فوجب الحجر عليهم رفعا لهذه الأضرار.

٢- الضرر يدفع بقدر الإمكان : توجب هذه القاعدة العمل على دفع الضرر قبل وقوعه . ومن تطبيقات هذه القاعدة ، التى تستند إلى ما استندت إليه القاعدة السابقة ، الحكم بدفع الصائل . ومضمون هذا الحكم أنه إذا هجم إنسان أو حيوان على أحد فإن له أن يدفعه عن نفسه بما يمكن دفعه به ، فإذا اندفع بالزجر أو الصياح أو بالاستغاثة لم يكن له أن يضر به ، وإذا اندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله . وإذا قصد الصائل قتل أحد كان لمن أريد بالقتل أو لغيره أن يدفعه ولو بقتله . وكذا لو هجم على امرأة وأراد اغتصابها فإن لها أو لغيرها الدفع عنها ولو بقتله . ويفيد منطوق القاعدة أنه يجب العمل على دفع الضرر بأقل ما يندفع به . ولذا فإن الدفع بالنصح أو بالتوبيخ والتعنيف مقدم على التهديد بالضرب ، والضرب مقدم على الجرح أو القتل . وهكذا

٣- المشقة تجلب التيسير : هذه القاعدة مستندها مضمون آيات كثيرة

تدل على أن الله يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر ، وأنه لا يريد إحراج عباده أو إعاقتهم بما يفرضه من أحكام . ويبدو التيسير عند مظنة حدوث المشقة بشرع الرخص للمسافر ، حيث يباح له الفطر فى رمضان والقصر فى الصلاة الرباعية ومنه كذلك شرع المسح على الخفين لمن يلبسهما على طهارة وشرع التيمم لمن لا يجد الماء أو يتضرر باستخدامه . ومنه الترخيص بإباحة تناول الميتة عند الاضطرار.

وتبدو تطبيقات هذه القاعدة فى فروع عديدة . من بينها إباحة عقد العقود بالتعاطى والتوثيق بالرجوع إلى دفاتر التجار والتخير من أقوال الفقهاء ما يناسب تحقيق المصالح الاجتماعية والاعتراف بإمامة المتغلب الذى يصل إلى السلطة بالقوة دون بيعة إذا كانت المفاسد التى تترتب على مقاومته تزيد عن المصالح المترتبة على هذه المقاومة .

٤- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف : يختار أهون الشرين - إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما - الضرر لا يزال بمثله .

تفيد هذه القواعد معنى واحدا ، هو أنه إذا اجتمعت الأضرار ولم يمكن دفعها جميعا ، وكان من الممكن دفع الضرر الأشد بأرتكاب الضرر الأخف تعين ذلك ، دفعاً للضرر بقدر الإمكان .

ولذا فإنه إذا هدد شخص آخر بالقتل إذا لم يتلف مال الغير ووقر فى الذهن أنه ينفذ ما هدد به لم يسعه إلا أن يتلف مال الغير ، لأنه أهون الشرين وأخفهما ضررا . أما إذا هدده بالقتل إن لم يقتل إنسانا فإنه لا يسعه الإقدام على القتل ولو بدأ فى تنفيذ تهديده ، لتساوى الضررين ، فلا يزال الضرر بارتكاب ضرر يماثله أو يزيد عنه .

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجوز الحجر على السفيه المبذر المتلف لماله ، بناء على أن هذه المصلحة معارضة بما هو أولى منها ، وهى مصلحة الحفاظ على الكرامة الإنسانية وحقه فى التصرف فى ماله ، وهذه المصلحة الأخرى أولى بالرعاية

والاعتبار من مجرد حفظ المال .

ومن جنس هذه القواعد قاعدة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . ومن تطبيقاتها جواز الاستيلاء على أموال المحتكرين وبيعها عليهم بثمن المثل جبرا عنهم إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بذلك .

٥- دره المفاسد مقدم على جلب المصالح : فى معنى هذه القاعد أن التخلية مقدمة على التحلية . ومفاد ذلك أنه إذا تعارض تحصيل المصالح مع دفع المفاسد ، ولم يمكن الجمع بينهما ، فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا اتخذ إنسان دكان حداد إلى جوار منزل فإن الحداد يمنع من ذلك ، لأن مصلحته فى العمل معارضة بإيذاء سكان المنزل والإضرار بهم فيتقدم دفع الضرر على تحقيق المصالح .

الفصل الثالث

" الاستحسان "

تعريفه :

الاستحسان عد الشيء حسنا ، ويطلق على كل ما تميل إليه النفس ويستهوى الإنسان حسيا كان أو معنويا .

أما في الاصطلاح فهو العدول عن دليل إلى العمل بدليل آخر أقوى منه ، لما ترجح للمجتهد من خبرته بتصرفات الشارع . ومقتضى ذلك أن المجتهد ينظر في المسألة المطروحة فيجد تنازع الأدلة والأصول التي يحتمل تعلقها بهذه المسألة ، غير أنه يستحسن إلحاقها بأصل دون الآخر ، بناء على ما ينكشف له من تحقق العدالة ومراعاة مقاصد الشارع . ولعلنا نستطيع بذلك فهم تعريف ابن عربي للاستحسان بأنه « ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص» ، أو تعريف النسفي الحنفي بأنه : اسم لدليل يعارض القياس الجلي، أو الظاهر الذي تسبق إليه الأفهام قبل إنعام التأمل فيه . أما بعد إنعام التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول وظهور أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة فإن العمل به هو الواجب .

ويعرفه الشاطبي بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي .

ويتفق الاستحسان الحنفي والمالكي في أن المجتهد يعدل عن العمل بما يمليه القياس الذي يتوارد إلى الذهن ويأخذ بقياس آخر أخفى في الذهن تحقيقا لمصلحة أولى في الاعتبار الشرعي . توضيحه أنه إذا سئل المجتهد عن حكم كشف العورة للتداوي فإن الذي يرد إلى ذهنه أولا هو تحريم ذلك للقاعدة العامة القاضية بوجوب ستر العورات . غير أن المجتهد إذا تأمل الأمر فسينكشف له أن الحكم بالتحريم يؤدي إلى مشقة بالغة في احتمال استمرارالمعاناة من المرض والألم أو احتمال فقد الحياة نفسها . فيعدل بهذا عن العمل بالقاعدة العامة التي وردت للذهن أول الأمر ،

ويرجح العمل بالمصلحة الجزئية الخاصة ، بناء على ما يترجح له من أن تصرفات الشرع توجب التيسير على الناس وتنشد حفظ الحياة ، ولأن ستر العورة

تكميلي لمصلحة ضرورية ، وحفظ الحياة من المصالح الضرورية فيتقدم اعتبارها على اعتبار المصلحة التكميلية .

ومن أمثلة الاستحسان المشهور عند الأحناف حكمهم بجواز بيع السلم بمخالفة القاعدة العامة التى تمنع بيع الإنسان ما ليس موجودا ، والحكم بجواز الإجارة بمخالفة الأصل القاضى بمنع بيع المعدوم ، وفى الإجارة بيع المنفعة ، وهى معدومة ، لأنها يتجدد حدوثها وتوجد لحظة بعد أخرى .

ويعرف القرافى الاستحسان بأنه عبارة عن العدول فى بعض الأحوال عن قياس يتضمن غلوا فى الحكم ومبالغة فيه . من ذلك أن الغرر فى العقود ممنوع ويبطلها . غير أن تطبيق هذا الأصل على وجه آلي وفى كل الأحوال يوجب مشقة كبيرة ، لأن العقود والتعاملات فى أكثر الأحوال لاتنفك عن نوع الغرر إذا كان يسيرا لا يمكن التحرز عنه أو كان مما يتسامح فيه الناس ولا يؤدى إلى المنازعة . ولذا يحكم بجواز بيع المغيبات فى الأرض كالفجل والجزر ، كما يحكم بجواز بيع ما يخفى بعضه كالدور حيث لا يطلع على أساسها ، كما يجوز الاتفاق مع الطبيب على إجراء جراحة بأجرة معينة رغم احتمال اختلاف الجهد والعمل الذى يبذله باختلاف ظروف إجراء الجراحة نفسها .

ومن العمل بالاستحسان الحكم بعدم تضمين الغاصب ذى الشبهة المنفعة التى استفادها مدة الغصب . من ذلك أن تنتقل إليه حيازة أرض بميراث أو بيع ولا يعلم أنها كانت مغصوبة ، وأن انتقالها إليه انتقال معيب فلا يجب عليه عند المالكية سوى رد العين ، ولا يقضى عليه بالتعويض عن المنفعة التى استفادها قبل الرد ، وذلك لأنه حائز سليم النية ، ولو طبقا عليه قاعدة إيجاب ضمان منفعة المغصوب المستفادة لاوقعناه فى حرج شديد ، لأنه لم يستخدمه بنية رد قيمة هذه المنفعة ، فيعدل عن العمل بمقتضى القياس الذى يوجب تغريم الغاصب قيمة المنفعة المستفادة بخصوص هذه الحالة دفعا للحرج والمشقة عن هذا الحائز الحسن النية . وفى هذا المثال كان العدول عن مقتضى القاعدة الكلية فى حالة مخصوصة تحريا للعدالة التى

لا تتحقق بالتطبيق الآلى للقواعد الكلية فى مختلف الظروف والأحوال .

وهناك مثال طريف آخر يسوقه الفقهاء فى توضيح ما يوجبه التعدى بإتلاف صفة أو جزء من شيء مع بقاء عين هذا الشيء ، كما لو هدم شرفة جاره أو غصب سيارة فأفسد لونها ، حيث يوجب الفقهاء كقاعدة عامة ما يسمى بأرش النقصان أو الفرق بين قيمة الشيء سليما وقيمته معيبا . فلو كانت قيمة السيارة بلونها عند أخذها عشرين ألفا ، وأصبحت قيمتها بعد هذا التغيير ثمانية عشر ألفا فإن أرش النقصان ألفان يدفعهما المتسبب فى إتلاف اللون . غير أن تطبيق هذه القاعدة فى الظروف كلها يؤدى إلى الخروج على العدالة . وهذا ما يوضحه بعض الفقهاء بذكر هذا المثال الطريف ، وهو أن من أتلف ذنب بغلة القاضى فإنه لا يطالب بأرش النقصان ، مع أن هذا هو الواجب لو كانت هذه البغلة لفلاح يركبها ويستخدمها فى أعماله . والفرق أن القاضى لن يستطيع ركوب البغلة بعد تلف ذنبها ولن يستطيع الانتفاع بها فى أوجه الانتفاع المألوفة له ، ويعد إتلاف الذنب إتلافا للعين كلها ، فيجب عليه دفع قيمة البغلة وأخذها .

ومنه كذلك حكم الأحناف بأنه إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن قبل قبض المشرى السلعة فإنهما يتحالفان ويبطل البيع . وذلك على سبيل الاستحسان . ويقتضى القياس تكليف البائع بإثبات ما يدعيه من الزيادة فى الثمن والإاصدق المشترى مع مطالبته باليمين ، طبقا لقاعدة : البينة على المدعى واليمين على من أنكر . غير أن تطبيق هذه القاعدة العامة قد لا يحقق العدالة بمثل ما يحققه الاستحسان فى هذا الظرف . فيحكم بالعدول عن مقتضى هذه القاعدة وإيجاب التراد بينهما ، بحيث يرد البائع ما كان قد أخذه من الثمن ، ويبطل العقد بعد تحليفهما .

ومن أمثلة الاستحسان الحكم بجواز بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى . وصورته أن من يحتاج مالا يستطيع أن يبيع شيئا له كمنزل بثمن يأخذه

ويتصرف فيه لدفع حاجته ، ويتفق مع المشترى على أنّ له أن يأخذ المنزل منه مرة أخرى متى وفاه بثمنه . توضيح الاستحسان فيه أن القاعدة العامة تقضى بأن حكم البيع هو انتقال المبيع إلى ملكية المشترى انتقالا مطلقا ، ويؤدى هذا الشرط (رد المبيع عند الوفاء بالثمن) إلى تقييد حق المشترى فى التصرف فى المبيع ، فكان القياس أن يبطل هذا العقد ، غير أن بعض فقهاء الأحناف أجازوه على سبيل الاستحسان ، لانه يحقق مصلحة اجتماعية ، ولا يناقض ما توجبه العدالة التى تنبنى عليها أحكام العقود فى الفقه ، إذ سيتمكن البائع المحتاج للمال من قضاء حاجته، وسيستفيد المشترى بالمبيع قبل رد ثمنه إليه .

ولعل هذه الأمثلة كلها أن توضح مفهوم الاستحسان وطبيعته التى تتضمن:

١- وجود قاعدة عامة تتبادر إلى الذهن عند التفكير فى الحكم الشرعى لمسألة من المسائل . وهذه القاعدة العامة هى ما يطلق عليها : الأصل ، والقياس الجلى أى الواضح الظاهر .

٢- يستشعر الفقيه أن تطبيق هذه القاعدة العامة بخصوص مثال بعينه أو جزئية من الجزئيات أمر لا يحقق المصلحة المقصودة من هذه القاعدة فيضطر إلى الخروج عليها على سبيل الاستثناء .

٣- يتضمن الاستحسان هذا العدول عن تطبيق القاعدة العامة إلى تطبيق معايير أخرى أكثر عموما وأبعد فى الاستدعاء . وهى لهذا من باب القياس الخفى أو الأصل البعيد .

٤- يهدف هذا العدول إلى تحقيق المصلحة أو العدالة فى جزئية من الجزئيات ، ويستعين الفقيه بخبرته فى العلم بمقاصد الشريعة وقواعدها العامة لتطبيق مايراه ملائما منها فى الجزئية التى ينظرها .

أنواع الاستحسان :

تقدم أن الاستحسان خروج على أصل كلى فى جزئية لدليل شرعى يراه المجتهد. ويمثل هذا الدليل الذى يستند إليه المجتهد فى استحسانه الضابط الذى يبعده عن التشهى والتلذذ والخروج على الأصل أو القياس الجلى . ويتنوع الاستحسان بتنوع الدليل الذى يقوم عليه وينضبط به إلى الأنواع التالية :

١- الاستحسان بالنص : يعنى الاستحسان بالنص الخروج عن القاعدة العامة أو الأصل للنص فى جزئية معينة . من ذلك أن القاعدة العامة أنه لا يصح بيع المعدوم ، لكن يستثنى من هذه القاعدة الحكم بجواز السلم ، لأن الشرع أجازه ، وذلك بقوله : (إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) فقد فسر البعض الدين هنا بالسلم ، كما جاز السلم بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » .

٢- **الاستحسان بالإجماع** : وذلك كعقد الاستصناع الذى يعد عقدا على معدوم ، غير أنه جاز لتعامل الناس به دون أن ينكر عليهم أحد من العلماء فكان إجماعا . وبذلك فقد استثنى هذا العقد من القاعدة العامة ، ومصدر هذا الاستثناء الإجماع .

٣- **الاستحسان بالعرف** : ومعناه أن يكون العدول عن الأصل العام مبعثه العرف وذلك كجواز وقف المنقول الذى تمنعه القواعد العامة الموجبة للتأبيد فى الوقف ، فيشترط أن يكون عقارا لهذا . غير أن العرف جرى على وقف المنقول فيحكم بجوازه على سبيل الاستحسان تصحيحا لتصرف الناس .

٤- **الاستحسان للضرورة**: وهو أن يكون العدول عن القاعدة العامة للضرورة ، وقد مثلوا له بتصحيح بيع الوفاء التى انتشر فى بخارى لحاجة الناس العامة المنزلة منزلة الضرورة . ومنه كذلك جواز التعامل مع الغرر اليسير أو الغرر الذى يتسامح فيه الناس ولا يؤدى إلى المنازعة بينهم . وإنما اغتفر هذا النوع من

الغرر للضرورة ، إذ إن المعاملات لاتنفك عنه ولا يستطيع الناس تجنب ذلك .

٥- **الاستحسان للمصلحة** : ومعناه أن العدول عن القاعدة العامة كان بدليل المصلحة التى أوجبت هذا العدول . من ذلك الحكم بتضمين الصناع السابق الذكر ، فالقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدى ، وأن البينة على المدعى ، غير أنه قد استحسن نقل عبء إثبات عدم التعدى إليهم لدفع الضمان عنهم .

٦- **الاستحسان بالقياس الخفى** : وقد مثلوا له بما إذا شهد أربعة شهود على الزنا من منزل معين ثم اختلفوا فى تحديد الحجرة التى وقعت فيها الجريمة فالقياس إقامة الحد لتوافر نصاب الشهادة المطلوب . غير أن الاستحسان هو العدول عن هذا القياس إلى قياس آخر هو عدم وجوب حد الزنا وإقامة حد القذف على الشهود الأربعة [١] . ومنه أن السباع من الطير تماثل السباع من الحيوانات فى أكل لحم الميتة ، فكان القياس التشريك بينهما فى الحكم بنجاسة سؤر (باقى) الماء الذى يشربان منه ، لاختلاط هذا الباقى باللعاب المتنجس بأكل الميتة غير أن الاستحسان يقتضى عدم التشريك والحكم بطهارة سؤر سباع الطيور ، لأنها تمد بمنقارها فى الماء ، وهو عظم طاهر فلا يختلط اللعاب النجس بالماء ، ويحكم بطهارة سؤرها [٢] .

وقد أدى ضبط الاستحسان على هذا النحو وتحديد أنواعه بهذه الصور إلى نقده هذه الحرية التى كانت له قبل هجوم الشافعى عليه .

---

(١) المستصفى ٢٨٦/١ وما بعدها .

(٢) أصول السرخسي ٢٠٢/٢ .

الفصل الرابع

" العرف "

تعريفه :

العرف في اللغة هو المعروف مما ألفه الناس من أوجه الخير والمصالح . أما في الاصطلاح فيطلق علي ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل . وتطلق العادة والعرف بمعني واحد في الاصطلاح الفقهي . وإنما جعل العرف أصلا لكثرة الرجوع إليه في مسائل الفقه . وترجع أهمية العرف إلي تعبيره عما ألفه الناس واعتادوا عليه ورأوا فيه صالحهم . ولا معني لاجتماعهم عليه سوي إحساسهم بأنه يحقق لهم مصالحهم .

ومن الواضح أن العرف مصدر ثانوي في الدلالة علي الأحكام ، لانه لا يتقدم علي النصوص ، ولا عمل له إذا خالفها . وهو لهذا ينقسم إلي نوعين ، أولهما : العرف الصحيح الذي لا يخالف أصلا شرعيا . والثاني العرف الفاسد الذي يخالف أصلا شرعيا . وإنما يعمل بالأول دون الثاني .

حجية العرف :

العرف حجة مقبولة يعتمد عليها في بناء الأحكام ، وتستند هذه الحجية إلي الأدلة التالية :

١- الأدلة الموجبة للعمل بالمصالح .

٢- إجماع الصحابة علي العمل به وإقرارهم أعراف البلاد المفتوحة مادامت لا تعارض أصلا شرعيا .

٣- مسلك الشرع نفسه في إقرار كثير من الأعراف الصالحة كالمزارعة والبيوع الصحيحة والإجارات والمشاركات والإقرارات والتحكيم وما إلي ذلك .

ومن الواضح أن بعض الفقهاء قد تكلف الاستدلال علي حجية العرف بقوله تعالي (خذ العفو وأمر بالعرف) وبالقول المنسوب إلي النبي صلي الله عليه وسلم

« ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » . غير أن ابن نجيم يذكر عن بعضهم أن هذا الحديث لا يوجد مرفوعا في كتب الحديث ولا بسند ضعيف . ومثل هذا الاستدلال المتكلف لا دليل فيه ولا يحتاج إليه العرف لإثبات حجيته ، ويغني عن الاستشهاد به قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم من حديث جرير بن عبداله البجلي : " من سن في الإسلام سنة سنة ، فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيء " .

شروط اعتبار العرف والعمل به : يشترط لإعمال العرف الشروط التالية :

١- ألا يكون مخالفا للنص . من ذلك الاتفاق علي تأجيل جزء من المهر إلي حين الوفاة أو الطلاق لتنتفع به الزوجة عند التفريق ولتستعين بهذا المؤخر في مواجهة أعباء حياتها الجديدة ، فهذا لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ؛ فإذا اتفقا علي شيء مؤجل من المهر انصرف التأجيل إلي حين الوفاة أو الطلاق .

٢- أن تكون العادة مطردة أو غالبة ، ولذا فإنه إذا اشتري شيئا بمائة انصرف ذلك إلي النقد الغالب في البلد . ولا يصح للطرف الآخر المطالبة بأن تكون هذه المائة من عملة أخري غير العملة الرائجة في البلد الذي جري فيه التعاقد ، مالم يتفق علي عملة أخري .

٣- الا ينتقض العرف بما هو أقوي منه ، كالاتفاق علي خلافه ، فإن الاتفاق هو الذي يجب العمل به . ولذا فإنه لو تم الاتفاق علي تأجيل شيء من المهر إلي شهر أو سنة لزم الوفاء به في المدة المحدودة ، ولا يرجع إلي العرف في وجوبه بأدني الأجلين : الموت أو الطلاق .

قواعد العمل بالعرف :

صاغ الفقهاء والأصوليون قواعد عديدة لضبط العمل بالعرف أسوق بعضا منها فيما يلي :-

١- العادة محكمة : ومعناه أن العرف معتبر ويرجع إليه في كثير من الأحكام من ذلك أن الشرع يوجب الضمان بالتعدي أو بالإهمال ، وليس في الشرع نص يحدد معني الإهمال فيرجع إلي العرف في تحديده . ولذا فإنه لو استأجر دابة وتركها فضاعت ضمن قيمتها إن اعتبر هذا الترك إهمالا وإلا لم يضمن . وكذا لو قاد سيارته فتناثرت الحجارة والرمال بسيرها علي نحو أضر بأحد المارة ضمن الضرر إن اعتبر مجاوزا للسرعة المألوفة في هذا المكان . وكذا علي المودع أن يحفظ الوديعة طبقا لما اعتاده الناس في حفظ أموالهم ، فإن خالف كان متعديا وضمن .

وإنما تعمل العادة بالشروط السابقة . وهذا هو ما تشير إليه قاعدة :

« إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت [١] » . وفي معناها قاعدة : « العبرة للغالب الشائع لا النادر [٢] » .

٢- المعروف عرفا كالمشروط شرطا [٣] : معني هذه القاعدة أن العرف في العقود ينزل منزلة الشروط المتفق عليها بين العاقدين . فإذا اشتري شيئا وجرت العادة بتغليف البائع للمبيع بأسلوب معين أو نقله أو ضمانه مدة معينة وجب ذلك حتي ولو لم ينص عليه في التعاقد . يسوغ ذلك أن العرف ينظر إليه باعتباره مكملا للعقد وفي نية المتعاقدين عند التعاقد مالم يتفق علي خلافه .

وفي معني هذه القاعدة أن « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » . ومفاد هذه القاعدة كسابقتها أن تعيين الحقوق والواجبات في التعاقد مرده إلي نص بنود العقد وشروطه وإلي ماهو معروف بين الناس كذلك . ولا يفهم أحد أن النص الذي يساوي به العرف هنا هو النص الشرعي ، وإنما يتعلق ذلك بنص العقد وبنوده المدونة أو الملفوظة . ذلك أن الفقهاء لا يساوون بين العرف وبين النص كما اتضح

---

(١) المادة ٤١ من مجلة الأحكام العدلية .
(٢) المادة ٤٢ من مجلة الأحكام العدلية .
(٣) المادة ٤٣ من مجلة الأحكام العدلية .

من اعتبارهم للعرف مصدرا ثانويا وتابعا للنصوص الشرعية لا ندا لها ولا معارضا .

٣- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم [١] : تفيد هذه القاعدة الرجوع إلي أعراف التجار في تفسير العقود والمعاملات التي تجري بينهم ، بحيث يصبح العرف جزءا من الاتفاق ما لم يتفق أطراف العقد علي خلافه . ولذا لو وكل أحد التجار آخر في بيع سلعته ، وكانت العادة البيع بالنقد أو بالنسيئة (الأجل) ، فباع الوكيل علي النحو المألوف جاز له ذلك ، لأنه بتوكيله وعدم نصه علي شيء مخالف ، قد رضي بالتعامل وفق ما هو سائد من عرف . ويلاحظ أن العرف يقوم في ذلك بدور تفسيري لنية طرفي التعاقد. ولو جري العرف علي أن ضمان العيب علي الصانع ، لا علي التاجر الذي يبيع السلعة ، كما هو الحال في بيع الثلاجات الآن ، فإن المشتري يكلف بالرجوع إلي الصانع لإصلاح العيوب المتفق علي إصلاحها ، وذلك ما لم يجر الاتفاق علي خلافه . وبهذا يفيد العرف في تفسير نوايا أطراف التعاقد ، والكشف عن نواياهم المفترضة ، حيث يفترض رضاهم بهذه الأعراف.

٤- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان [٢] : لا يخفي أن الأحكام التعبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف ، لأن مبناها النص . أما الأحكام المعللة فترجع إلي معان معقولة ومصالح وعلل ، وهي مشروعة لتحقيق مصالح ومقاصد معينة ، ولذا فإن الحكم يختلف بالنظر إلي المصلحة المقصودة .

يتضح ذلك بالنظر إلي أن الطلقات الثلاث بلفظ واحد كانت تعد طلاقا واحدا علي عهد رسول الله صلي عليه وسلم وأبي بكر وصدر خلافة عمر ، والمصلحة

---

(١) المادة ٤٤ من مجلة الأحكام العدلية .
(٢) المادة ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية .

المقصودة هي إعطاء المطلق الخيار بين الإمساك بالمعروف برد الزوجة في فترة العدة وبين التسريح بإحسان وتركها حتي تنقضي العدة فتبين منه . غير أن الأزواج أكثروا في عهد عمر من التطليق الثلاث بلفظ واحد فرأي عمر إمضاء الثلاث ثلاثا لعدم التزام الأزواج في طلاقهم بهذه المصلحة ، وزجرا لهم عن مخالفتها . ووافق سائر الصحابة ورؤساء المذاهب علي هذا الرأي . غير أن احتساب الثلاث ثلاثا قد أدي فيما بعد إلي شيوع ظاهرة المحلل ، وهي خطر اجتماعي فادح ، فنظر ابن تيمية إلي اجتهاد عمر علي أنه لا يحقق المصلحة المقصودة منه ويؤدي إلي مفسدة بالغة ، فرجع إلي المناداة باحتساب الطلقات الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، وهو ما أخذت به القوانين الحديثة المعمول بها في البلاد الاسلامية .

وكذا فإن الرسول صلي الله عليه وسلم قد نهي عن تلقي الركبان ؛ فان التجار كانوا يبادرون إلي مقابلة صغار المنتجين للأصواف والتمور والحبوب والبقول ممن يعيشون في البادية ، ويشترون منهم بضاعتهم قبل دخول السوق . ويرتبط فهمنا للنهي عن تلقي الركبان بتحديد المصلحة المقصودة من هذا النهي ؛ فاننا إذا حملنا هذا النهي علي أن المقصود منه هو حماية مصالح المنتجين الذين لا يعلمون شيئا عن سعر السوق ، ووجوب تمكينهم من بيع ما ينتجونه بسعر عادل ، فإن لنا أن نستنبط من ذلك إباحة تلقي الركبان خارج حدود السوق إذا علم هؤلاء الركبان سعر السوق . أما إذا حملنا هذا النهي علي أن القصد منه هو حماية مصالح المستهلكين ، بناء علي أن التجار بمقابلتهم للركبان خارج السوق سوف يتحكمون في السلع المعروضة ، ويقل العرض في مواجهة الطلب ، فترتفع الأسعار مما يؤدي إلي الإضرار بالمستهلكين ، فإنه يمكن أن يستنبط أنه إذا زاد العرض عن الطلب جاز تلقي الركبان . وهذا هو الذي استنبطه الإمام مالك في فتواه بجواز تلقي الركبان إذا كثرت السلع في الأسواق لانتفاء المفسدة التي قصد النص إلي دفعها . ولا يوافقه علي هذا الرأي أولئك الذين فهموا أن النص يقصد إلي حماية مصلحة المنتجين في الحصول علي سعر عادل لسلعهم حتي يستمر إنتاجهم

مجال عمل العرف : يعمل العرف في عدد من المجالات ، من بينها :

١- تفسير الشروط في العقود والاتفاقات ، بحيث تحمل الألفاظ المستخدمة في هذه العقود علي معانيها العرفية ؛ فلو حدد الثمن بالجنيه انصرف إلي الجنيه المصري، لأنه هو الغالب في عرف الاستعمال . وكذا لو أوصي بإطعام الفقراء والمساكين انصرف تحديد كلامه إلي ما يفيده في العرف اللغوي العام .

٢- تحديد المقصود من التصرف وحمله علي ما يفهم منه في العرف . ولذا لو دفع شيئا لأحد يصلحه ، وكان الإصلاح لمثل هذا الشيء حرفة له ، فإنه يأخذ أجره علي الإصلاح . ولو دفع الأب لابنته شيئا في جهازها كثلاجة أو أثاث ، ثم طالب به بعد ذلك ، وقال إنما أعطيته لها علي سبيل العارية ، وليس هناك دليل علي هذا الادعاء فإنه لا يصدق فيما ادعاه ويحمل تصرفه علي التبرع إذا كان العرف أن الآباء يجهزون بناتهم بهذه الأشياء عند الانتقال لمنزل الزوجية . أما إذا لم تكن العادة الغالبة كذلك فإنه يصدق فيما ادعاه .

٣- ضبط الواجبات والمعايير التي ترك الشارع ضبطها للعرف . من ذلك أن أخذ مال الغير من « الحرز » شرط لوجوب العقوبة الحدية . غير أنه لا نص في الشرع يضبط مفهوم الحرز ، فيترك تقديره للعرف . ولذا فإن من يترك ساعته في مكان لا تترك فيه في العادة لا يكون واضعا لها في حرزها ، فلو سرقها أحد لم تجب بذلك العقوبة الحدية ، وإنما ستجب العقوبة التعزيرية . ومن هذا القبيل أن القذف الموجب للعقوبة الحدية هو الاتهام الكاذب بالزنا بكل ما يدل علي هذا الاتهام في العرف ؛ فإذا استخدم كلمات معينة تدل عليه في بيئة معينة كان قاذفا ، وأما إذا كانت هذه الكلمات التي استخدمها لا تدل عليه في بيئة الاستخدام فلا يعد مرتكبا لهذه الجريمة . ومنه كذلك تفسير ضابط السببية في تحديد المسئولية عن الفعل ؛ فلو ضربه بما يؤدي إلي القتل في العادة ، ويتصور الناس أن مثل هذا الضرب من شأنه أن يؤدي إلي القتل كان مسئولا عن القتل ، ويعاقب بالقصاص عند الشافعية والمالكية والحنابلة حتي وإن لم تكن الآلة المستخدمة في الضرب

محددة وتمزق الجسم . وكذلك فإن ضابط الإهمال الذي يفيد الضمان مرجعه إلي العرف ، حسبما تقدم .

٤- استظهار الحكم بإباحة التصرف المقبول في العرف ما لم يوجد ما يغيره من النصوص الشرعية ، وقد اعتمد الصحابة علي مراجعتهم للأعراف التي وجدوها في مجتمعاتهم ، ولم يرفضوا منها إلا ما خالف الأصول الشرعية الثابتة بنص أو إجماع . واستمر الفقهاء علي هذا المنهج في قبول الأعراف التي لا تخالف أصلا شرعيا ، ولذا قبلوا بيع الاستجرار الذي يقوم علي أخذ السلع التي يحتاجها المشتري من البائع ، دون اتفاق علي ثمن ولا تلفظ بصيغتي الإيجاب والقبول ، مع دفع ثمن ما أخذه المشتري جملة واحدة في نهاية الأسبوع أو الشهر أو موسم الحصاد أو السنة . ومنه كذلك إجازتهم بيع التعاطي ، وأخذ السلعة مع دفع الثمن ، دون تلفظ بإيجاب وقبول ، ومنه كذلك إجازتهم العرف الخاص في القاهرة بجواز دفع الخلو عند استئجار الحوانيت ، بحيث " يصيرا الخلو في الحانوت حقا له، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره " وكأن صاحب الدكان بقبوله أخذ الخلو قد باع حقه في إخراج المستأجر وأثبته له . فيملك المستأجر الاستمرار في الإجارة وشغل الدكان ، كما يملك تأجير الدكان لغيره وبيع حق الخلو له.

ومن أهم تطبيقات ذلك أنه يمكن النظر إلي القوانين المطبقة في البلاد الإسلامية الآن والمأخوذة من مصادر أخري غير الشريعة الإسلامية بأنها تشكل أعرافا يمكن مراجعتها لقبول ما يلائم الأصول الشرعية ورفض ما يعارضها لإحلال نصوص أخري موافقة لهذه الأصول محلها .

الفصل الخامس

" سد الذرائع "

التعريف :

الذريعة هي السبب الموصل إلي الشيء ، أو الوسيلة أو الطريقة التي توصل إلي الهدف ، سواء كان هذا الهدف مصلحة أو مفسدة . والذرائع في الاصطلاح هي الأسباب والوسائل الموصلة إلي المفاسد . وسد الذرائع معناه المنع من اتخاذ الأسباب والوسائل المفضية إلي المفاسد . غير أن هذه الوسائل إذا كانت محرمة في ذاتها فإنها لا تدخل في باب سد الذرائع . من ذلك أن القتل وسيلة إلي مفاسد تتعلق بانتهاك حرمة الحياة الإنسانية وإشاعة الفتن والصراعات ، وتحريم القتل ليس من باب سد الذرائع لكونه محرما بالنص . أما إذا كانت الذريعة أو الوسيلة مباحة وغير محرمة في ذاتها ، لكن بالنظر إلي مآلها وما تفضي إليه وما ينتج عنها وجدناها مفسدة ، فيحكم بتحريم هذه الوسيلة أو الذريعة ، منعا للمفسدة التي تنشأ عنها .

يوضحه أن الخلوة بالأجنبية أمر لا شيء فيه في ذاته ، والقياس أن يكون مباحا ، غير أن هذه الخلوة تؤدي في كثير من الأحيان إلي الوقوع في الزنا ، فتمتنع الخلوة بالأجنبية سدا للذريعة المفضية إلي الزنا .

ومنه كذلك النهي عن تلقي الركبان فإن شراء الحضري من البدوي أمر مباح ، غير أنه منع منه لما يؤدي إليه من مفسدة الإضرار بالمنتج أو المستهلك علي التفصيل السابق .

ومن ذلك فيما يذكره الشاطبي " الرشوة علي دفع الظلم إذا لم يقدر علي دفعه إلا بذلك ، وإعطاء المال للمحاربين وللكفار في فداء الأسري ، ولمانعي الحاج حتي

يأخذوا المال . كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكن من المعصية . ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد مع أنه تعرض لموت الكافر علي الكفر أو قتل الكافر المسلم .. بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو درء مفسدة يلزم عنه إضرار الغير ، إلا أن ذلك كله جاز إلغاء لجانب المفسدة ، لانها غير مقصودة للشارع [(١)].

ويؤكد القرافي أن هناك قسما من الذرائع أجمعت الأمة علي سده ومنعه وحسمه ، كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلي إهلاكهم فيها . وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله [(٢)] ". ومن هذا القبيل نهي الشارع الدائن عن قبول الهدية من المدين إلا إذا حسبها من دينه ، حتي لا يثاب علي الدين فيدخل في الربا .

الحيل الشرعية :

يعني التحيل التذرع بوجه سائغ مشروع علي إسقاط حكم شرعي تحقيقا لغرض المتحيل . وهو بهذا يستخدم الحكم الشرعي لتحقيق مقصود آخر غير ما أراده الشارع . من ذلك قيام صاحب المال بهبته لزوجته عند اقتراب وجوب زكاته حتي لا تجب عليه . وهو بهذا يستخدم الهبة التي شرعت للتبرع والمواساة وتحقيق المودة في التوسل بها إلي تحقيق غرض آخر غير مقصود من شرعها ، وهو التهرب من دفع الزكاة . ويحرم مثل هذا التحيل منعا لما يؤدي إليه من مفسدة الإضرار بالفقراء والجهات المستحقة للزكاة .

---

(١) الموافقات ٣٥٢/٢ .
(٢) الفروق ٣٢/٢

ويتضح من هذا أن الأحكام الشرعية مرتبطة بمقاصد معينة ، وتتغير هذه الأحكام بتغير مقصود المكلف منها .

حجية سد الذرائع :

اتجه المالكية والحنابلة إلي الاعتراف بهذا الأصل ، واعتبره ابن القيم أحد أرباع التكاليف [1] . ويستدل المثبتون لحجية هذا الأصل بالأدلة التالية :-

١- مسلك القرآن الكريم في النهي عما هو مباح إذا ترتبت عليه مفسدة ، مثل النهي عن سب الأصنام التي يعبدها الكفار إذا غلب علي الظن أنهم يسبون الله.وذلك بقوله تعالي :(ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم) .

٢-مسلك السنة النبوية الثابتة في النهي عن فعل المباح إذا كان يؤدي إلي المفسدة.

٣- يدل العقل كذلك علي أن ما كان طريقا للحرام أو الواجب فإنه يأخذ حكمه.

وقد خالف بعض الفقهاء في ذلك ورأوا أنه لا يعمل بالذرائع ولا يجب سدها . غير أن هذا القول النظري يناقضه التصرف العملي ؛ فكل الفقهاء يرجعون في استنباطهم لهذا الأصل ويعملون به .

شروط العمل بسد الذرائع :

يشترط للعمل بهذا الأصل شرطان :

الأول : أن يكون أداء الذريعة إلي المفسدة مقطوعا به أو كثيرا لانادرا ، لأن النادر لاحكم له ؛ فحفر البئر في وسط الطريق العام مقطوع بوقوع الناس فيه وقتل بعضهم بهذا الوقوع . أما حفر حفرة في جانب من الطريق فإنها تؤدي إلي هذه المفسدة وتعرض بعض الناس للقتل كثيرا ، فيمنع من الحفر في وسط الطريق أو علي جانبه

---

(١) إعلام الموقعين ١٢١/٣

إلا في الضرورة مع توخي الحذر ووضع العلامات الدالة للناس علي وجود الحفر . أما حفر بئر في صحراء فهذا لا بأس به لندرة وقوع أحد فيها .

والثاني : رجحان المفسدة في الفعل علي المصلحة حتي يمنع . أما إذا زادت المصلحة علي المفسدة فلا يمنع.ولهذا لا تمتنع رشوة الظالم بالمال لمنعه من قتل مسلم، لأن الموازنة بين دفع المال للظالم للتقوي به،وهو حرام وبين ما يترتب عليه وهو منعه من القتل يثبت أن الثاني أعظم الشرين خطرا فيحكم بدفعه بتحمل الأهون والأيسر.

ومن هذا كله يتضح أن سد الذرائع أصل من الأصول الشرعية التي يعتمد عليها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية .

الفصل السادس

" الاستصحاب "

تعريفه :

الاستصحاب هو طلب الصحبة والملازمة ، فاستصحاب شي يعني ملازمته . وهو في الاصطلاح عبارة عن ثبوت الحكم في الزمن الحاضر لثبوته في الماضي لعدم وجود مغير يغيره . ويدل هذا التعريف علي الأمور التالية :

١- يتطلب الاستصحاب العلم بوجود حكم معين في الماضي ، سواء ثبت الحكم في الماضي بالعقل أو دليل شرعي .

٢- إثبات هذا الحكم في الحاضر ؛ فمن ثبتت ملكيته لشيء في الماضي اعتبر مالكا له في الحاضر استصحابا للحكم السابق .

٣- لا يعمل الاستصحاب إلا بعد البحث عن المغير للحكم الثابت في الماضي والانتهاء إلي عدم وجوده بعد هذا البحث . ولذا فإن الملكية المقطوع بوجودها في الماضي لا تثبت في الحاضر إلا إذا لم يوجد دليل علي تغييرها . أما إذا وجد دليل علي التغيير بالبيع أو الهبة أو الإقرار بالملكية للغير أو ما إلي ذلك فإن الاستصحاب لا يعمل .

ومن أمثلة الاستصحاب استمرار الحكم بحياة المفقود بعد فقده ، حتي يحتفظ بنصيبه في ميراث من مات من أقاربه إلي أن يتبين حاله من الموت أو الحياة، فإذا ظهر حيا أخذ نصيبه وإلا أعيد هذا النصيب إلي مستحقيه .

وتنبني الثقة بالاستصحاب من الناحية المنطقية علي نوع من الاستقراء ؛ فما ثبت في الماضي يغلب علي الظن ثبوته في المستقبل، ما لم يوجد شيء يوجب التغيير.

ذلك أنك تنتظر شروق الشمس في المشرق في الصباح بناء علي تكرر شروقها في الماضي ، وكذا فإنك تعتقد في ازدحام شارع معين وكثرة السيارات فيه في وقت معين بناء علي حدوث ذلك في الماضي ، أما إذا رأيت وجود ما يمنع دخول السيارات إلي هذا الشارع فستستنتج حدوث التغيير وقلة السيارات في الشارع أو انعدامها.

أنواعه : ينقسم الاستصحاب إلي نوعين :

الأول : استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية أو الإباحة . لعدم الدليل الذي يغير هذا الحكم . ومبني هذا النوع من الاستصحاب أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الأصل في الذمة البراءة مالم يدل دليل علي خلاف ذلك .

يوضح هذا النوع من الاستصحاب أنه إذا جري العرف أو القانون علي تصحيح معاملة من المعاملات ولم يكن في النصوص الشرعية ولا في الإجماع ما يعارض ذلك فإن الواجب يقتضي الحكم بصحة هذه المعاملة . وكذا لو ادعي أحد دينا علي آخر فإنه يحكم ببراءة ذمة المدعي عليه مالم يثبت هذا الدين ببينة تثبته . وكذا لو اتهم شخص في جريمة فإنه يحكم ببراءته مالم يثبت ارتكابه للجريمة بالأدلة المعترف بها ، ولا يحل حبسه ولا تعذيبه ولا ترويعه علي أي نحو كان ، فإذا ثبتت التهمة بالأدلة تغير حاله وحكم بإدانته .

أما النوع الثاني من الاستصحاب فهو استبقاء الحكم الشرعي الثابت بدليله إلي حين حدوث ما يغير هذا الحكم . ولذا فإن من توضا يحكم بطهارته علي وجه اليقين ، ولا يرتفع الحكم ببقاء وضوئه بمجرد الشك في انتقاض الوضوء ، لأن الثابت بيقين لا يرتفع إلا بيقين آخر . وكذا فإن الحيازة المستقرة دليل الملك ولا ترتفع الملكية المتيقنة علي هذا النحو بمجرد ادعاء شخص آخر ملكية الشيء المحوز ، إلا إذا أثبت المدعي ملكيته لهذا الشيء بطريق من طرق الإثبات المقبولة .

حجية الاستصحاب :

اختلف الأصوليون في حجية الاستصحاب إلي فريقين :

الأول : أنه حجة في الدفع لا في الإثبات ، وهو مذهب الأحناف . ومعناه أن الاستصحاب يعمل للحفاظ علي الوضع القائم ، ولا يصلح لإثبات وضع آخر؛ فالمفقود لا يورث وتظل أمواله علي ملكه إلي أن يحكم بوفاته . ويرثه من يوجد من أقاربه عند الحكم بموته . وتبقي الزوجية قائمة إلي حين الحكم بوفاته استصحابا لحياته التي ثبتت بيقين فلا يرفعها إلا هذا الحكم . غير أن مقتضي إثبات حياته علي هذا النحو الذي أدي إلي استدامة الحياة الزوجية وبقاء ملكيته لأمواله أن تثبت له بعض الحقوق الأخري كميراث من يموت من أقاربه قبل الحكم بوفاته . غير أن الأحناف لا يثبتون الحقوق بالاستصحاب . ولذا لا يرث المفقود من يموت من أقاربه أثناء فقده إلا إذا ظهر حيا . أما إذا حكم بموته فإنه لا يرث من مات من أقاربه بعد تاريخ فقده .

أما الفريق الآخر فقد اتجه إلي أن الاستصحاب حجة في كل من الدفع والإثبات، وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة . وتطبيقا لهذا فإن المفقود يحتفظ ببقاء ملكيته وتبقي زوجيته قائمة إلي حين الحكم بموته ، ويدفع الاستصحاب تعلق أي حق للغير بذلك . ومن جهة أخري فإن المفقود يرث من يموت من أقاربه بعد فقده وقبل الحكم بموته ، وبهذا يعمل الاستصحاب حجة في إثبات الحق كذلك . ويستند هؤلاء الي أنه إذا منعنا تعلق حق الغير بمال المفقود للحكم بحياته فإننا سنضطر إلي إثبات حقه في

---

(١) راجع هذا الخلاف في تخريج الفروع على الأصول ، ص ١٧٢ ، والتمهيد ٤٨٩ ، وجمع الجوامع ٢ / ٣٥٠ والتلويح ٢ / ١٠١ .

ميراث من يموت من أقاربه [1] .

قواعد الاستصحاب :

يعمل الاستصحاب في مجال البينات ودفع الدعاوي أو إثباتها كما تقدم ، وقد صاغ الفقهاء القواعد التي تضبط عمل الاستصحاب ، وفيما يلي بعض هذه القواعد :

١- اليقين لا يزول بالشك [1] : الشك هو التردد وعدم وجود مرجح لاحتمال وقوع الفعل أو عدم وقوعه . أما اليقين فهو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الفعل أو عدم وقوعه .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الشخص إذا سافر وانقطعت أخباره عن أهله كانت حياته مشكوكا فيها ، إلا أن ذلك الشك لا يزول إلا باليقين . وعلي ذلك فلا يجوز الحكم بموته ، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته بيقين . لكن الشخص إذا سافر بسفينه وثبت غرقها فإنه يحكم بموته وإن لم تظهر جثته ، لأن موته في هذه الظروف هو الظن الغالب ، والظن الغالب بمنزلة اليقين في الأمور العملية غير الاعتقادية .

وهذه القاعدة هي أساس درء العقوبة بالشبهة ، طبقا لما يفيده قوله صلي الله عليه وسلم : « ادراوا الحدود بالشبهات ولأن يخطىء الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » . ومعناه أن براءة المتهم قبل التهمة ثابتة بيقين فيستصحب هذا اليقين إلي أن يرد دليل يفيد قيام التهمة في حقه وارتكابه للجريمة بيقين أو بظن غالب ، وإلا انتفت التهمة في حقه ولم يحل لأحد أن يفرض عليه عقوبة أو يضيق

---

(١) المادة ٤ من مجلة الأحكام العدلية

عليه أو يعذبه أو يهدده بعذاب .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا هلك المال في يد الأمين فإنه لا يحكم عليه بالضمان إلا إذا اثبت تعديه فيه ، لاستصحاب أمانته والثقة فيه ما لم يتغير ذلك بدليل يثبت تعديه .

٢- الأصل بقاء ما كان علي ما كان [١] " تفيد هذه القاعدة وجوب الحكم بدوام الوضع السابق واستمراره علي حاله ما لم يرد التغيير . وتعمل هذه القاعدة في اتجاهين :

أولهما : التعرف علي الحاضر من الماضي ، وهذا هو المسمي « استصحاب الماضي بالحال » أو الحكم علي شيء ببقائه علي الحال الذي كان عليه في الزمن السابق مالم يقم دليل علي خلافه . من ذلك أنه إذا ثبتت ملكية محمد لمنزل معين في الماضي وادعي أحد ملكية هذا المنزل فإنه لا يحكم بثبوت الملكية لهذا المدعي ، ونحكم بثبوتها لمحمد في الحال الحاضر بناء علي ثبوتها في الماضي ، إلا إذا وجد دليل يوجب الملكية للمدعي .

والثاني : هو التعرف علي الماضي بمعرفتنا للحاضر ؛ ولذا فإن من يثبت ملكيته لشيء الآن يعد مثبتا لهذه الملكية في الماضي إلا أن يدل الدليل علي خلافه، وهذا هو استصحاب الحال في الماضي ، ومعناه اعتبار حالة الشيء في الحاضر أنها حالته كذلك في الماضي . لذا فإن المفقود إذا حكم القاضي بموته رجع هذا الحكم إلي وقت غيبته عند الأحناف ، حتي لا يرث من مات من أقاربه أثناء هذه الغيبة .

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة " القديم يترك علي قدمه " [٢]

ومفاد هذه القاعدة أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك علي حاله الثابت له

---

(١) المادة الخامسة من مجلة الأحكام العدلية

(٢) المادة السادسة من مجلة الأحكام العدلية

ما لم يثبت خلافه ، لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل علي أنه مستند إلي حق مشروع فيحكم بأحقيته . ولذا فإنه لو حاز أحد أرضا مدة طويلة حيازة مستقرة لم يصح تعرض أحد له ما لم يقم دليل يثبت تعديه في هذه الحيازة . وهذا هو معني قول أبي يوسف في كتابه الخراج : « ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف [1] » . وكذا لو كان لأحد نافذة قديمة تطل علي جاره لم يجب عليه إغلاقها . ولو كان لشخص مسيل لصرف الماء يمر من أرض جاره ، وطلب الجار إغلاقه وتحويل الصرف إلي مكان آخر لم يجب إلي طلبه.

غير أن هذه القاعدة ليست علي إطلاقها بل تتقيد بالقاعدة التالية :

٣- الضرر لا يكون قديما [2] : تفيد هذه القاعدة أن الضرر الحادث لا يحكم باستدامته وبقائه لمجرد وجوده في الماضي ؛ فلو كان لشخص ميزاب علي الشارع العمومي ويلقي هذا الميزاب بمياهه في هذا الشارع ، ويتضرر الناس من ذلك ويعطل انتفاعهم بالمرور في الشارع فإنه يحق منع هذا الضرر . وكذا لو أطل شخص علي الطريق ببروز يضر بالناس ويؤثر في انتفاعهم به ومرورهم فيه جاز هدمه ، ولا يستند إلي بقائه مدة طويلة في الماضي . ومنه كذلك لو أقام أحد الناس مصنعا في منطقة فبني الناس فيها وتكاثروا حول المصنع وازدحمت المنطقة بهم ، وأصبح وجود المصنع في هذه المنطقة يهدد الناس في حياتهم وصحتهم ويؤثر علي أنشطتهم المختلفة وجب نقل المصنع من هذه المنطقة ، ولا يلتفت إلي وجوده فيها مدة طويلة في الماضي ، لأن الضرر لا يكون قديما .

---

(١) الخراج ، ص ٦٥ .

(٢) المادة ٧ من مجلة الأحكام العدلية .

٤- الأصل براءة الذمة [١] : مفاد هذه القاعدة وجوب الحكم باعتبار ذمة كل شخص بريئة أي غير مشغولة بحق آخر ، ولا يثبت شغل الذمة بحق من حقوق الله أو العباد إلا بقيام الدليل علي ثبوت هذا الحق .

والذمة في اللغة بمعني العهد والأمان ، وفي الاصطلاح . وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه .

ومن تطبيقات هذه المادة أنه إذا ادعي أحد علي آخر إتلاف مال من أمواله وجب علي المدعي تقديم البينة علي ما يدعيه ، لأن ذمة المدعي عليه بريئة ولا تشغل إلا إذا ثبت شغلها بدليل ، وهذا معني قوله صلي الله عليه وسلم : « البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر » . ويعرف المدعي بأنه من طلب خلاف الظاهر وخلاف الأصل ، وهذا الأصل هو أن ذمة المدعي عليه بريئة مما يطلبه المدعي .

---

(١) المادة ١٠ من مجلة الأحكام العدلية .

مراجع الكتاب[1]

"القرآن الكريم"

اولا: كتب التفسير والحديث:

١ - أحكام القرآن - الجصاص - (أبوبكر أحمد بن على الرازي الجصاص الحنفي ، ت ٣٧٠ هـ) طبعة دار الكتاب العربي ببيروت - لبنان .

٢ - تفسير المنار - رضا - (الشيخ محمد رشيد رضا ت ١٣٥٥ هـ) طبعة دار المعرفة بيروت لبنان .

٣ - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير- السيوطي - (جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي الشافعي ت ٩١١ هـ) طبعة دار الفكر ببيروت .

٤ - سنن أبي داود - أبو داود -(الإمام الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ت ٢٧٥ هـ) الطبعة الثانية تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد طبعة السعادة والطبعة التازية .

٥- سنن النسائي - النسائي - (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر بن سنان بن دنيا النسائي ت ٣٠٢ هـ) الطبعة الأولى المصرية بالأزهر .

٦- صحيح البخاري مع عمدة القاري- البخاري - (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ت ٢٥٦ هـ) ادارة المطبعة الأميرية مطبعة خيريه .

٧- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - الهيثمي - (الحافظ نور الدين بن أبي بكر الهيثمي (ت ٨٠٧ هـ) طبعة القدسي .

١- راعينا في ترتيب المراجع الترتيب الهجائي .

٨- مسند الإمام أحمد - بن حنبل - الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ت ٢٤١ هـ) الطبعة الميمنية مطبعة دار المعارف .
٩- المنتقي - الباجي - (أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٩٤ هـ) الطبعة الأولى مطبعة السعادة بمصر .
١٠- الموطأ - مالك - (الإمام مالك بن أنس الأصبحي ت ١٧٩ هـ) طبعة المطبعة التجارية مع تنوير الحوالك .
١١- نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار - الشوكاني - (محمد بن على بن محمد الشوكاني ت ١٢٥٥ هـ) الطبعة الثانية ادارة المطبعة المنيرية .

ثانيا: كتب الاصول والفقه:

١٢- الإحكام في أصول الأحكام - الآمدي - (الإمام سيف الدين أبو علي الحسن علي بن أبي بكر أبي علي بن محمد الآمدي ت ٦٣١ ه) طبعة دار الكتب الخديوية ١٣٣٢ هـ - ٩١٤ م مطبعة صبيح ١٩٦٨ .
١٣ - الإحكام في أصول الأحكام - ابن حزم - (أبو محمد على بن حزم الأندلسي الظاهري (ت ٤٥٦ هـ) طبعة الإمام مطبعة السعادة تحقيق أحمد محمد شاكر .
١٤ -إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول - الشوكاني - (محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت ١٢٥٥ هـ) طبعة صبيح .
١٥- التقرير والتحبير - ابن أمير الحاج (ت ٨٧٩ هـ) الطبعة الأولى الأميرية ببولاق ١٨١٧ هـ .
١٦ - شرح العضد علي مختصر ابن الحاجب - العضد - عبد الرحمن بن أحمد الايجي ت ٧٥٦ هـ) الطبعة الأولى الأميرية بولاق ١٣١٦ هـ) .

١٧- المبسوط - السرخسي - (شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل ت ٥٨٣ هـ) طبعة ادارة القرآن والعلوم الاسلامية بباكستان .

١٨ - المستصفي - الغزالي - (أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ت ٥٠٥ هـ) الطبعة الأولى الأميرية ببولاق ١٣٢٤هـ) .

١٩- مسلم الثبوت - ابن عبد الشكور - (محب الدين بن عبد الشكور ت ١١١٩هـ بهامش المستصفي الأميرية ببولاق ١٣٢٤ هـ) .

٢٠ - المغني لابن قدامه (ابو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ت ٦٢٠ هـ) الطبعة الثالثة المنار ١٣٦٧ هـ) .

ثالثا: كتب التراجم والتاريخ وتاريخ التشريع الإسلامي .

٢١- أبو حنيفة النعمان ومذهبه في الفقه - موسى - الاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى - طبعة معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٦ م .

٢٢- أسد الغابة في معرفة الصحابة - ابن الأثير - عز الدين أبو الحسن على بن عبد الكريم الجزري ت ٦٣٠هـ) طبعة دار احياء التراث العربي ببيروت لبنان .

٢٣- الاصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر - (إمام الحفاظ شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن على الكتاني العسقلاني الشافعي ت ٨٥٢ هـ) طبعة دار الكتب العلمية ببيروت .

٢٤- الامام أحمد بن حنبل حياته وعصره آراؤه وفقهه - أبو زهرة - الشيخ محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر العربي .

٢٥- تاريخ التشريع الاسلامي - الخضري - الشيخ محمد الخضري بك) الطبعة التاسعة المطبعة التجارية الكبرى .

٢٦ - تاريخ التشريع الاسلامي - الاساتذة السبكي والسايس والبربري القاهرة مطبعة وادي الملوك ١٩٣٤ م .

٢٧- تاريخ الأمم والملوك - الطبري - (أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ت ٣١٠ هـ) طبعة دار الفكر ببيروت ١٩٧٩ م .

٢٨ - تذكرة الحفاظ - الذهبي - (شمس الدين أبو عبد الله الذهبي ت ٧٤٨ هـ) الطبعة الثانية مجلس دائرة المعارف النعمانية حيدر أباد الدكن بالهند ١٣٣٣هـ .

٢٩- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك - عياض - (القاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي ت ٥٤٤ هـ) طبعة المغرب تحقيق محمد بن تاويت الطنجي .

٣٠ - تزيين الممالك بمناقب الامام مالك - السيوطي - (جلال الدين السيوطي ٩٩١هـ) الطبعة الأولى الخيرية ١٣٢٥هـ .

٣١- التشريع الاسلامي خصائصه وتاريخه - امبابي - الاستاذ الدكتور محمد مصطفى امبابي الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م دار الطباعة المحمدية بالأزهر بالقاهرة .

٣٢ - حلية الأولياء وطبقات الأصفياء - الأصفهاني - (أبو نعيم أحمد بن عبد الله ت ٤٣٠ هـ) طبعة الخانجي والسعادة ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م .

٣٣- شذرات الذهب في أخبار من ذهب - ابن العماد - (أبو الفلاح عبد الحي ابن العماد الحنبلي ت ١٠٨٩هـ) طبعة دار ابن كثير سنة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م تحقيق عبد القادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط مطبعة روضة الشام ١٣٣٢ هـ .

٣٤ - طبقات الفقهاء - الشيرازي - (اسحق ابراهيم بن علي الشيرازي ت ٤٧٦ هـ) طبعة نعمان الأعظمي ببغداد ١٣٥٦ هـ .

٣٥- الطبقات الكبرى لابن سعد (محمد بن سعد كاتب الواقدي ت ٢٣٠ هـ) طبعة دار صادر ببيروت .

٣٦- الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي - الحجوي - (محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ت ١٣٧٦ هـ).

٣٧- المدخل للفقه الاسلامي - الشاذلي - الاستاذ الدكتور حسن علي الشاذلي - مطبعة السعادة بالقاهرة .

٣٨ - المدخل للفقه الاسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - مدكور - الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور - الطبعة الثالثة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦م) دار النهضة العربية .

٣٩ - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي - حامد - الاستاذ الدكتور حسين حامد حسان الطبعة الأولى ١٩٧٢ م دار النهضة العربية .

٤٠- المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية - زيدان - الاستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان - طبعة مؤسسة الرسالة .

٤١ - المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الاسلامي - الاساتذة عبد الرحمن الصابوني ومحمود محمد طنطاوي وخليفه بابكر الحسن الطبعة الأولى ١٩٨٢ مكتبة وهبة بالقاهرة .

٤٢ - مقدمة ابن خلدون - عبد الرحمن بن محمد ت ٨٠٨ هـ) منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ببيرت لبنان .

٤٣ - مناقب الإمام ابي حنيفة للكردري - حافظ الدين محمد بن شهاب الكردري ت ٨٢٧ هـ) الطبعة الأولى طبعة دائرة المعارف النظامية بالهند ١٣٢١هـ .

٤٤ - نشأة الفقه الاجتهادي وأطواره - السايس - الشيخ محمد علي السايس - مجمع البحوث الاسلامية ١٣٨٩ هـ .

٤٥ - نظرة تاريخية عامة في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة وانتشارها عند جمهور المسلمين للعلامة أحمد تيمور باشا نشر بحثه المؤلفات التيمورية .

٤٦- نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي - عبد القادر - الاستاذ الدكتور على حسن عبد القادر - الناشر دار الكتب الحديثة - بالقاهرة .

رابعا: كتب وبحوث متنوعة :

٤٧- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء - الخن- الدكتور مصطفى الخن - طبعة مؤسسة الرسالة .

٤٨ - اصطلاح المذهب عند المالكية بحث للدكتور محمد ابراهيم أحمد علي منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد الخامس عشر السنة الرابعة جماد الأولى ١٤١٣ هـ الموافق ١٩٩٢ م .

٤٩ - اعلام الموقعين عن رب العالمين - ابن القيم - (أبو عبد الله شمس الدين بن محمد بن قيم الجوزية ت ٧٥١هـ) مطبعة دار الفكر ببيروت تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .

٥٠ - أليس الصبح بقريب التعليم العربي الاسلامي دراسة تاريخية وآراء اصلاحية"- ابن عاشور - سماحة الشيخ الامام محمد الطاهر ابن عاشور - طبعة الشركة التونسية ١٩٨٨ .

٥١ - الانصاف في بيان أسباب الاختلاف - الدهلوي - (أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي الدهلوي الهندي ت ١١٧٦هـ) تحقيق عبد الفتاح أبو غدة مطبعة - دار النفائس .

٥٢- تدريس تاريخ التشريع الاسلامي في كليات الشريعة والحقوق بحث للاستاذ الدكتور محمد عبد الهادي سراج رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية منشور ضمن أعمال ندوة " نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة " التي عقدتها كلية

الشريعة والقانون بجامعة الإمارات بالعين في الفترة من ٢٠ - ٢٣ مارس ١٩٩٤ .

٥٣ - جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله - ابن عبد البر - أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي ت ٤٦٣ هـ) طبعة دار الكتب العلمية ببيروت .

٥٤ - الحكم الشرعي بين النقل والعقل - الغرياني - الدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني - طبعة دار الغرب الاسلامي ١٩٨٩ .

٥٥- السيوطي والاجتهاد - بحث للدكتور سعد غراب ضمن أعمال الندوة التي نظمتها المنظمة الاسلامية للتربية والثقافة .

٥٦- العقد الفريد - ابن عبد ربه - (أحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي ت ٣٢٨ هـ) .تحقيق عبد الحميد الترجيني طبعة دار الكتب العلمية ببيروت لبنان .

٥٧ - علم أصول الفقه - خلاف - الشيخ عبد الوهاب خلاف - طبعة دار القلم.

٥٨ - الفكر الاسلامي وصلته بالاستعمار الغربي - البهي- الاستاذ الدكتور محمد البهي - الطبعة الحادية عشرة الناشر مكتبة وهبة بالقاهرة .

٥٩ - القواعد الفقهية للاستاذ علي أحمد الندوي - طبعة دار القلم بدمشق .

٦٠- كشاف اصطلاحات الفنون - التهانوي - (محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي ت ١١٥٨ هـ) طبعة دار صادر ببيروت .

٦١ - محاضرات ملتقى الامام سحنون مدونة الامام سحنون ومراحل تدوينها للدكتور حمزة ابو فارس نشر مركز الدراسات الاسلامية بالقيروان بتونس ١٩٩١ .

٦٢- محاولات تقنين الفقه الاسلامي - الألفي - الدكتور محمد جبر الألفي بحث منشور ضمن أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة التي عقدتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات بالعين في الفترة من ٢٠ - ٢٣ مارس ١٩٩٤.

٦٣ - المقاصد العامة للشريعة الاسلامية - العالم - الاستاذ الدكتور يوسف حامد العالم طبعة ونشر وتوزيع دار الحديث بالقاهرة والدار السودانية بالخرطوم .

٦٤- مناهج الاصوليين في دلالات الألفاظ على الأحكام للمؤلف الطبعة الأولى نشر مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٨٩ .

٦٥ - الموسوعة الفقهية الكويتية الطبعة الثانية طبعة ذات السلاسل بالكويت ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٣ م .

٦٦- موسوعة أطراف الحديث النبوي للشيخ أبو طاهر محمد السعيد بن بسيوني زغلول الشريف طبعة عالم التراث للطباعة والنشر .

٦٧ - نهج البلاغة الجامع لخطب ورسائل أمير المؤمنين على بن أبي طالب كرم الله وجهه شرح الاستاذ الشيخ محمد عبده طبعة دار الهدى الوطنية للطباعة والنشر ببيروت لبنان .

فهرست الموضوعات

فهرست الموضوعات

فهرست الموضوعات

فهرست الموضوعات

فهرست الموضوعات


تاريخ
التشريع
الإسلامي
ومصادره
كلية الشريعة والقانون
قسم الدراسات الأساسية
ادارة المطبوعات
جامعة الإمارات